

El delito de financiación ilegal de los partidos políticos (arts. 304 bis y 304 ter CP)

Aspectos dogmáticos, político criminales y de derecho comparado

Antonio M^a Javato Martín

Prof. Contratado Doctor (acr. Profesor Titular) de Derecho Penal. Universidad de Valladolid

JAVATO MARTÍN, Antonio M^a. El delito de financiación ilegal de los partidos políticos (arts. 304 bis y 304 ter CP). Aspectos dogmáticos, político criminales y de derecho comparado. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2017, núm. 19-26, pp. 1-41. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-26.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 19-26 (2017), 17 dic]

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto el estudio del delito de financiación ilegal de los partidos políticos que fue incorporado al Código Penal en la reforma 1/2015 de 30 de marzo. En primer lugar, se analiza la regulación penal comparada en este ámbito. Posteriormente se procede a efectuar unas breves consideraciones sobre el sistema de financiación de los partidos políticos en España, necesarias para una mejor comprensión del delito, para después pasar a analizar el bien jurídico protegido y las concretas conductas típicas de los

arts. 304 bis y 304 ter. Finalmente se efectúan las oportunas consideraciones de *lege ferenda*.

PALABRAS CLAVE: Partidos políticos, financiación ilegal, delito, corrupción.

ABSTRACT: This paper aims to study the crime of illegal financing of political parties that was incorporated into the Criminal Code in the reform 1/2015 of 30 March. In the first place, it analyzes the comparative criminal regulation in this area. Subsequently, a brief consideration is given to the system of financing political parties in Spain, necessary for a better understanding of the crime, and to proceed with the analysis of the protected legal right and the typical behaviors of arts. 304bis and 304b. Finally, the pertinent considerations of *lege ferenda* are made.

KEYWORDS: Political parties, illegal financing, crime, corruption.

Fecha de publicación: 17 diciembre 2017

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II DERECHO COMPARADO. 2.1. Francia. 2.2. Italia. 2.3. Alemania. III. EL MODELO ESPAÑOL DE FINANCIACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS. IV. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. V. LAS MODALIDADES TÍPICAS. 5.1 Los delitos del art. 304 bis CP. 5.1.1. El tipo básico. 5.1.2. Los tipos agravados. 5.1.3. Iter criminis. Autoría y concursos. 5.1.4. La responsabilidad penal del partido político. 5.1.5. La penalidad. 5.2. El delito del art. 304 ter CP. VI CONSIDERACIONES DE POLÍTICA CRIMINAL.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las novedades más significativas de la reforma del Código Penal español (CP) operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, es la introducción por primera vez en nuestra historia legislativa de un delito de financiación ilegal de partidos políticos. Con ello se colma una laguna legal que venía siendo denunciada por la doctrina penal española pues este tipo de conductas, especialmente vinculadas a la corrupción, no podían ser abarcadas por los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos (Delitos contra la Administración Pública, arts. 404 y ss.) al no ser los cargos de un partido político (pensemos en el presidente, el secretario general, el tesorero etc.) funcionarios públicos a efectos penales conforme al art. 24 CP.¹

Al propio tiempo, el ordenamiento español se alinea con los países de nuestro entorno que ya venían consagrando este tipo de infracción criminal².

El detonante de su tipificación responde a la alarma social provocada por los casos de corrupción producidos en España en los últimos años, especialmente por los casos Gürtel³ y Bárcenas⁴ en los que se ha visto implicado el Partido Popular (PP), promotor de la misma.⁵

¹ En el citado art. 24 se consagra un concepto amplio de funcionario a efectos penales de tal forma que pueden serlo todas aquellas personas que por disposición inmediata de la Ley, o por elección o por nombramiento participan en el ejercicio de funciones públicas. Conforme a ello la Jurisprudencia española ha considerado funcionarios penales no sólo a los de carrera -el prototípico funcionario para el Derecho Administrativo- sino también a alcaldes, concejales, contratados temporales en la Administración etc. Sobre el mismo Véase JAVATO MARTÍN, A.Mª, “El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales” en *Serta in memoria LOUK HULSMAN* (Ed. PÉREZ ÁLVAREZ, F.), Salamanca 2016, pp. 402 y ss.

² Si bien es cierto que, como luego veremos, en la mayoría de los países aparece la misma en la legislación especial conjuntamente con las infracciones administrativas.

³ En el momento de elaborar este trabajo se encuentra celebrándose el juicio oral, cuyas sesiones se iniciaron el 4 de octubre de 2016 en la Audiencia Nacional. Eso por lo que respecta a su pieza principal pues en lo tocante a la trama valenciana del caso ya se ha dictado Sentencia (STSJCV 2/2017 de 8 de febrero) que ha condenado a los principales cabecillas de la trama, Correa, Crespo y “El Bigotes” a importantes penas de prisión.

⁴ Al tiempo de escribir estas líneas se ha dictado auto de apertura de juicio oral con fecha 28 de mayo de 2015 por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional.

⁵ El caso Gürtel actualmente en fase de juicio oral, se prevé que sea uno de los más importantes casos de corrupción relacionados con la financiación ilegal. Se trata básicamente de una trama de cobro de comisiones ilegales a empresas para la financiación del Partido Popular. El caso Bárcenas, también *subjudice*, derivado del caso Gürtel, implica entre otros al tesorero de dicho partido, Luis Bárcenas, que presuntamente pagaba sobresueldos a importantes dirigentes del partido que provenían a su vez de comisiones pagadas por empresas que resultaban adjudicatarias de contratos con la Administración. De dichas comisiones Bárcenas se fue quedando presuntamente con cantidades importantes. Otros supuestos renombrados de financiación ilegal de partidos españoles son: El caso *casinos de Cataluña* en 1989 consistente en el desvío de unos 3.000 millones de pesetas de la recaudación de casinos de Cataluña, de los que aproximadamente unos mil habrían ido a parar a la financiación del partido Convergencia i Unió (CIU) en 1989; El caso *Naseiro* en 1991 en el que se descubren indicios de que desde el PP se fuerza a empresas inmobiliarias a pagar al PP para poder construir, y en que el por aquel entonces tesorero del PP, Rosendo Naseiro resultó absuelto al anular el Tribunal Supremo las grabaciones de las conversaciones telefónicas; El caso *Filesa* que nace como tal en el año 1991, y alude un supuesto de financiación en que estaba implicado el Partido Socialista Obrero Español (PSOE) que consistía en la creación de una trama de empresas (Filesa, Malesa, y Time-Export) cuyo fin era la financiación ilegal de este partido para hacer frente a una serie de gastos ocasionados por las campañas

Este delito aparece en un título de nueva creación, el Título XIII bis, inmediatamente después de los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, bajo la rúbrica “De los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos”. Se castigan dos tipos de comportamientos: 1) La entrega y recepción de donaciones ilegales (art. 304 bis). 2) La participación en estructuras u organizaciones cuyo principal objeto sea el de financiar ilegalmente a un partido político (304 ter).

El Título XIII bis no figuraba en el proyecto de ley orgánica aprobado por el Consejo de Ministros, enviado a las Cámaras y publicado en el BOCG el 4 de octubre de 2013, sino que se introdujo, vía enmienda (núm. 886) presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados, en diciembre de 2014. El texto resultante de la Cámara baja no sufrió modificaciones en este punto durante la restante tramitación parlamentaria.

electorales del año 1989. En la Sentencia del TS 1/1997 de 28 de octubre se declaró probado que a través de este entramado el PSOE logró recaudar en dos años alrededor de 1000 millones de las antiguas pesetas. Las empresas de la trama cobraban centenares de millones por realizar informes para otras empresas que en realidad no realizaban, pero que estas empresas pagaban. Este dinero se integraba en el patrimonio del PSOE. Tales informes se referían a materias que no podían interesar a los que las habían encargado, las empresas de la trama no tenían técnicos que pudieran realizarlos y en algún caso los informes no llegaron ni a aparecer. La STS 1/1997 condenó a ocho de los once acusados, entre ellos un senador y un ex diputado del PSOE, por delito de falsedades del art. 392/390-2 CP, por el delito de asociación ilícita y por un delito contra la Hacienda pública. Ligado al caso Filesa estaba el caso del *AVE* de 1992 (desglosado del caso Filesa) donde se investigaron presuntas comisiones pagadas en la construcción de la línea de alta velocidad Madrid-Sevilla, comisiones que sirvieron para la financiación del PSOE; El caso *Soller*, mayo de 1995, en el que hubo presuntos cobros de comisiones a la empresa adjudicataria del contrato de construcción del túnel de Soler, y en el que estaba implicado el por aquel entonces Presidente de Baleares, Gabriel Canellas, que no obstante resultó absuelto al haber prescrito el delito de cohecho del que se le acusaba; El caso *Pallerols* es un asunto de corrupción ligada a la financiación ilegal de Unió Democràtica de Catalunya que se remonta al periodo 1994-1999. Los hechos delictivos consistían en que un 10% de las subvenciones de fondos procedentes de la Unión Europea otorgadas por el Departamento de trabajo a los centros de formación del empresario Pallerols para cursos de formación a parados eran desviados a la financiación del partido. Con este dinero se pagaron nóminas de cuatro militantes y mobiliario de varias sedes del partido. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sentencia 25-1-2013) condena a Pallerols, al ex secretario de organización y relaciones institucionales de UDC y al Director General de Empleo de la Generalitat de Catalunya por delitos de fraude de subvenciones y falsedad documental. Además de las noticias periodísticas, extensamente sobre estos casos MAROTO CALATAYUD, M., *La financiación ilegal de los partidos políticos*, Madrid, 2015, pp. 21 y ss y DE LA MATA BARRANCO, N.J., “La lucha contra la corrupción política”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-01(2016), pp. 1 y ss. Asimismo véase OLAIZOLA NOGALES, I., *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*, Valencia 2014, p. 100 n.155 y NUÑEZ CASTAÑO, E., “El delito de financiación ilegal de partidos políticos y la Unión Europea: un caso de corrupción al margen de la normativa europea”, en *Cooperación Judicial Penal en la Unión Europea. Reflexiones sobre algunos aspectos de la investigación y el enjuiciamiento en el espacio europeo de justicia penal*, Valencia, 2015, p. 62 n.1; CHAZARRA QUINTO, M.A., “El delito de financiación ilegal de partidos políticos: un hito más en la corrupción política y su tratamiento jurídico-penal” en *La corrupción política en España: una visión ética y jurídica* (LOPEZ ÁLVAREZ/GARCIA NAVARRO Coords.), Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 63 y ss.

Recientemente se ha destapado el cobro de comisiones ilegales del 3% a empresas por parte de CIU que posteriormente resultaban adjudicatarias de determinados contratos con las Administraciones públicas catalanas; cobro que ya fue insinuado hace 10 años en un debate en el Parlamento catalán por el entonces presidente socialista de la Generalitat, Pascual Maragall. Véase entre otras las informaciones periodísticas aparecidas en el diario *El País* de 24/09/2015 (“Decenas de empresas pagaron a la fundación de Convergencia”) y la más reciente de *La Razón* del 2/3/2017 (“Convergencia se financiaba con las mordidas del 3% según el Juez”).

Antes de proceder a analizar las infracciones delictivas resulta interesante referirse a la respuesta penal ofrecida por el Derecho Comparado frente a estos comportamientos. Ello nos servirá de valiosa herramienta para interpretar y valorar la regulación penal española. También resulta necesario, en aras a favorecer una mejor comprensión de aquél efectuar unas consideraciones, si quiera breves, sobre el modelo de financiación de los partidos políticos presente en España.

II. DERECHO COMPARADO

Los principales ordenamientos europeos, contemplan desde hace bastante tiempo específicos delitos de financiación ilegal de los partidos políticos, si bien es cierto que los mismos aparecen en la legislación penal especial conjuntamente con las infracciones y sanciones administrativas. Abordamos seguidamente la normativa vigente en Francia, Italia y Alemania⁶.

2.1. Francia

La *Loi n°88-227 du 11 de mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique* castiga en su artículo 11-5⁷ con una pena de prisión de un año y multa de 3.750 euros a aquellos que realicen donaciones a partidos políticos o se beneficien de ellas contraviniendo lo dispuesto en el art. 11-4 de la citada Ley⁸.

⁶ Obsérvese que nos ceñimos a la financiación ordinaria del partido, objeto de nuestro estudio, dejando aparte el campo de la financiación electoral.

⁷ Art 11.5: “Aquellos que realicen donaciones a uno o varios partidos políticos contraviniendo lo dispuesto en el art. 11-4 serán castigados con multa de 3.750 euros y un año de prisión.

Las mismas penas serán de aplicación al beneficiario de las donaciones consentidas:

1° Por una misma persona física a un único partido político contraviniendo el primer párrafo del art. 11-4

2° Por una persona jurídica contraviniendo el tercer párrafo del art. 11-4.

3° Por un estado extranjero o por una persona jurídica de derecho extranjero contraviniendo el párrafo del art. 11-4”.

(“Ceux qui ont versé des dons à un ou plusieurs partis politiques en violation de l'article 11-4 sont punis d'une amende de 3 750 euros et d'un an d'emprisonnement. Les mêmes peines sont applicables au bénéficiaire de dons consentis: 1° Par une même personne physique à un seul parti politique en violation du premier alinéa du même article 11-4; 2° Par une personne morale en violation du troisième alinéa dudit article 11-4; 3° Par un Etat étranger ou par une personne morale de droit étranger en violation du sixième alinéa du même article 11-4.”) El texto de la Ley ha sido consultado en www.legifrance.gouv.fr

Hay que destacar que la redacción de este artículo es ciertamente mejorable pues mientras que a los donantes se les castiga por las donaciones que realicen contraviniendo el art. 11-4, a los receptores de las mismas se les castiga por la infracción de determinadas prohibiciones establecidas en dicho artículo (las de personas físicas que exceden de 7.500 euros, las realizadas por persona jurídica y por un Estado extranjero). Es decir, el perímetro de la infracción establecido para los donantes se muestra más amplio que el establecido para los receptores. Ello es debido, creemos, a la apresura reintroducción por la Ley de 2015 de la conducta de aceptación por parte de un partido político de donaciones ilegales de una persona jurídica, que de manera incomprensible fue suprimida por la Ley de 2013 (Véase *infra*). Lo lógico hubiera sido rescatar la redacción originaria del art. 11-5 de la Ley de 1988 que castigaba con pena de prisión y multa “a quienes realicen o acepten donaciones contraviniendo las disposiciones del artículo precedente”. Véase PELLETIER/PERFETTI, *Code Penal*, Paris, 2007, p. 1838.

⁸ “Les dons consentis et les cotisations versées en qualité d'adhérent d'un ou de plusieurs partis politiques par une personne physique dûment identifiée à une ou plusieurs associations agréées en qualité d'association

En este artículo 11-4 se prohíben determinadas donaciones y se establece asimismo, la obligación de expedir un recibo o certificación al donante por parte del tesorero o encargado de las finanzas del partido, -que puede ser una persona física o una jurídica⁹- y de comunicar a la *Commission Nationale des Comptes de Campagnes et des Financements Politiques (CNCCFP)* -equivalente a nuestro Tribunal de Cuentas- el listado de personas que realizan donaciones o satisfacen una cuota en su calidad de militantes del partido. Se remite a la aprobación de un Decreto del Consejo de Estado, las condiciones de realización de estas dos exigencias.

Como donaciones prohibidas a los partidos políticos figuran en el art. 11.4: -Las donaciones efectuadas por personas físicas a uno o varios partidos que excedan anualmente de 7.500 euros, a las que se equiparan las cuotas satisfechas en calidad de militantes; -Las efectuadas por personas jurídicas, cualquiera que sea su forma, o la provisión por parte de éstas de bienes o servicios u otras ventajas directas o indirectas a precios inferiores a los que habitualmente se prestan; -Las contribuciones o ayudas materiales efectuadas directa o indirectamente por un estado extranjero o por una persona jurídica de Derecho extranjero; -Finalmente se establece que toda donación voluntaria de más de 150 euros efectuada al tesorero o encargado de

de financement ou à un ou plusieurs mandataires financiers d'un ou de plusieurs partis politiques ne peuvent annuellement excéder 7.500 euros.

Par exception, les cotisations versées par les titulaires de mandats électifs nationaux ou locaux ne sont pas prises en compte dans le calcul du plafond mentionné au premier alinéa.

Les personnes morales à l'exception des partis ou groupements politiques ne peuvent contribuer au financement des partis ou groupements politiques, ni en consentant des dons, sous quelque forme que ce soit, à leurs associations de financement ou à leurs mandataires financiers, ni en leur fournissant des biens, services ou autres avantages directs ou indirects à des prix inférieurs à ceux qui sont habituellement pratiqués.

L'association de financement ou le mandataire financier délivre au donateur un reçu dont un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions d'établissement, d'utilisation et de transmission à la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques. Ce décret détermine également les modalités selon lesquelles les reçus délivrés pour les dons d'un montant égal ou inférieur à 3 000 euros consentis par les personnes physiques ne mentionnent pas la dénomination du parti ou groupement bénéficiaire. Dans des conditions fixées par décret, les partis politiques communiquent chaque année à la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques la liste des personnes ayant consenti annuellement à verser un ou plusieurs dons ou cotisations.

Tout don de plus de 150 euros consenti à une association de financement ou à un mandataire financier d'un parti politique doit être versé, à titre définitif et sans contrepartie, soit par chèque, soit par virement, prélèvement automatique ou carte bancaire.

Aucune association de financement ou aucun mandataire financier d'un parti politique ne peut recevoir, directement ou indirectement, des contributions ou aides matérielles d'un Etat étranger ou d'une personne morale de droit étranger.

Les actes et documents émanant de l'association de financement ou du mandataire financier, destinés aux tiers, et qui ont pour objet de provoquer le versement de dons doivent indiquer, selon le cas, la dénomination de l'association et la date de l'agrément ou le nom du mandataire et la date de la déclaration à la préfecture, ainsi que le parti ou groupement politique destinataire des sommes collectées.

Les montants prévus au présent article sont actualisés tous les ans par décret. Ils évoluent comme l'indice des prix à la consommation des ménages, hors tabac.”

⁹ El art. 11-4 denomina a la persona física que desempeña estas funciones “*mandataire financier d'un parti politique*”. Paralelamente prevé la posibilidad que sea una “*association de financement*” del mismo la que se encargue de semejante cometido.

las finanzas del partido será realizada de manera irrevocable y sin contrapartida sea por cheque, por transferencia, en metálico o tarjeta de crédito.

Hay que advertir que la versión actual del art. 11.5 proviene de la *Loi n° 2015-1703 du 21 décembre 2015 visant à pénaliser l'acceptation par un parti politique d'un financement par une personne morale*. Esta Ley viene a reintroducir o restablecer la sanción penal de la conducta delictiva consistente en la aceptación por parte de un partido político de donaciones ilegales provenientes de una persona jurídica. Dicha modalidad delictiva, que tenía cabida en la primigenia redacción de la infracción consagrada en la Ley de 1988, fue suprimida por error por la *Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique*¹⁰. Error que se puso de manifiesto en el asunto de financiación ilegal del Frente Nacional¹¹, cuyo tesorero, Wallerand de Saint-Just, investigado por la justicia no pudo finalmente ser procesado debido a la laguna legal creada por la Ley de Transparencia de 2013¹².

2.2. Italia

En Italia, el delito de financiación ilegal de partidos políticos encuentra acomodo en la Ley de 2 de mayo de 1974 (n° 195) sobre la contribución del Estado a la financiación pública de los partidos políticos¹³. En su art. 7¹⁴ se consagran dos

¹⁰ Véase el dossier legislativo del Senado sobre la reforma de 2015, consultado en <https://www.senat.fr/dossier-legislatif/ppl14-492.htm> y el informe de la Asamblea Nacional sobre la Proposición de Ley presentada por el grupo socialista a fin de restablecer el castigo de la aceptación por un partido político de financiación proveniente de una persona jurídica disponible en <http://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r3256.asp>. Asimismo, RAMBAUD R. “Promulgation de la loi n° 2015-1703 du 21 décembre 2015 visant à pénaliser l'acceptation par un parti politique d'un financement par une personne morale” en *Le blog du droit électoral*, *Lemonde*(22/12/2015) consultado en <http://droitelectorale.blog.lemonde.fr/2015/12/22/22122015-promulgation-de-la-loi-n-2015-1703-du-21-decembre-2015-visitant-a-penaliser-lacceptation-par-un-parti-politique-dun-financement-par-une-personne-morale-r-rambaud/>. Obsérvese que la *Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique*, se aprueba tras revelarse por parte de la prensa francesa que el ex Ministro de Hacienda socialista Francés Jérôme Cahuzac tenía desde 1992 una cuenta secreta en Suiza. Como consecuencia de estos hechos Cahuzac fue condenado en el año 2016 por fraude fiscal y blanqueo de capitales.

¹¹ Se trataba de un caso de financiación de la campaña electoral de 2012 del Frente Nacional por parte de la empresa Riwal, empresa que le fabricaba y suministraba los útiles y objetos de propaganda electoral. Véase, BLAVIGNAT/GALIERO “Financement des campagnes de 2012: vers un procès du Front national” consultado en www.lefigaro.fr/politique/le-scan/2016/07/22/25001-20160722ARTFIG00295-financement-des-campagnes-de-2012-vers-un-proces-du-front-national.php; RAMBAUD, “Promulgation...cit.

¹² RAMBAUD, R., “Promulgation...cit. Respecto al sistema de financiación de los partidos políticos en Francia, véase entre otros, DAUVIGNAC/DOUBLET, “Le financement de la vie politique: dernières évolutions législatives et jurisprudentielles” *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 1993, 13, pp 145 y ss; BADIE, F., “La transparence du financement des partis politiques et des campagnes électorales” disponible en <https://www.unodc.org>.

¹³ Esta Ley introduce un sistema de financiación pública de los partidos políticos aplicable tanto para los gastos de las campañas electorales como para los gastos ordinarios de su funcionamiento; introducción que se veía en aquel tiempo como el único remedio en orden a liberar a los partidos de una perversa praxis de financiación privada ilícita muy extendida. No obstante, se optó por salvaguardar en la ley la autonomía y su libertad de acción respecto a los poderes públicos en consonancia con la naturaleza jurídico-privatística que les confiere la Constitución Italiana. Véase FORZATI, F., *Il finanziamento illecito ai partiti politici*.

conductas delictivas: la financiación pública ilegal a los partidos políticos por una parte, y la financiación societaria o empresarial oculta a los mismos, por otra. Ambos delitos se configuran como infracciones plurisubjetivas de encuentro, pues se castiga tanto al sujeto que realiza la contribución o financiación como al que la recibe¹⁵.

La Ley 659/1981 de 18 de noviembre que modifica e integra la Ley de 1974, introdujo en su art. 4 la figura delictiva consistente en la omisión o declaración infiel al presidente de la Cámara de los Diputados de las contribuciones individua-

Technique di tutela ed esigenze di riforma, Napoli, 1998, pp. 22 a 37 especialmente pp. 34-35, autor que sostiene, de manera crítica, que es precisamente la necesidad de conciliar la financiación pública con la autonomía de los partidos y su naturaleza de asociaciones privadas lo que lleva a introducir un sistema carente de controles de gestión y fiscales sobre ellos configurando una regulación no exenta de lagunas e insuficiencias. Asimismo, sobre la Ley de 2 de mayo de 1974 y sus modificaciones posteriores véase SPAGNOLO, G., *I reati di illegale finanziamento dei partiti politici*, Padova, 1990, pp. 20 a 29; ROMERO FLORES, B., *Partidos políticos y responsabilidad penal. La financiación electoral irregular*, Barcelona 2005, p. 64/65; STROPPIANA, L., “Finanziamento dei partiti: una legge contestata”, *Quaderni Costituzionali*, n° 3 1999, pp. 649 y ss. En lo tocante a la génesis legislativa de la citada norma incidiendo en la diversa orientación de los proyectos presentados, los proyectos, *Sturzo, Bertoldi, y Piccoli* -proyecto este último que da lugar a la Ley de 1974- véase SPAGNOLO, G., *I reati...*, pp. 1 a 20 y FORZATI, F., *Il finanziamento...*, pp. 31 y ss; MANNA, A., “Corruzione e finanziamento illegale ai partiti”, *Rivista Italiana di Diritto e procedura penale*, 1999, pp. 140 a 142. Nótese que el Decreto Ley de 28 de diciembre de 2013, n° 149 convertido en la Ley 21 de febrero de 2014 n°13 *Abolizione del finanziamento pubblico diretto, disposizioni per la trasparenza e la democraticità dei partiti e disciplina della contribuzione volontaria e della contribuzione indiretta in loro favore*, ha suprimido la financiación pública directa. Sobre esta norma, véase BIGLINO CAMPOS, P., “Intervención del legislador y selección de candidatos por los partidos políticos: una perspectiva comparada”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm, 35, 2015, p. 211 y ALLEGRI, M.R., “Democrazia, controllo pubblico e trasparenza dei costi della politica”, *federalismi.it* n.9/2014 pp. 1 y ss.

¹⁴ Art. 7. “Sono vietati i finanziamenti o i contributi, sotto qualsiasi forma e in qualsiasi modo erogati, da parte di organi della pubblica amministrazione, di enti pubblici, di società con partecipazione di capitale pubblico superiore al 20 per cento o di società controllate da queste ultime, ferma restando la loro natura privatistica, a favore di partiti o loro articolazioni politico-organizzative e di gruppi parlamentari. Il divieto di cui al precedente periodo si applica anche alle società con partecipazione di capitale pubblico pari o inferiore al 20 per cento, nonché alle società controllate da queste ultime, ove tale partecipazione assicuri comunque al soggetto pubblico il controllo della società”

Sono vietati altresì i finanziamenti o i contributi sotto qualsiasi forma, diretta o indiretta, da parte di società non comprese tra quelle previste nel comma precedente in favore di partiti o loro articolazioni politico-organizzative o gruppi parlamentari, salvo che tali finanziamenti o contributi siano stati deliberati dallo organo sociale competente e regolarmente iscritti in bilancio e sempre che non siano comunque vietati dalla legge.

Chiunque corrisponde o riceve contributi in violazione dei divieti previsti nei commi precedenti, ovvero, trattandosi delle società di cui al secondo comma, senza che sia intervenuta la deliberazione dell'organo societario o senza che il contributo o il finanziamento siano stati regolarmente iscritti nel bilancio della società stessa, è punito, per ciò solo, con la reclusione da 6 mesi a 4 anni e con la multa fino al triplo delle somme versate in violazione della presente legge.”

Obsérvese que el primer párrafo del art. 7 ha sido modificado por el art. 9-28 de la Ley de 6 de julio de 2012, n. 96, Norme in materia di riduzione dei contributi pubblici in favore dei partiti e dei movimenti politici, nonché misure per garantire la trasparenza e i controlli dei rendiconti dei medesimi. Delega al Governo per l'adozione di un testo unico delle leggi concernenti il finanziamento dei partiti e dei movimenti politici e per l'armonizzazione del regime relativo alle detrazioni fiscali. Mediante este art. 9-28 se añade el último inciso del art. 7-1, inciso referido a las sociedades con capital público igual o inferior al 20 por ciento.

¹⁵ Así caracterizado por FORZATI, F., *Il finanziamento...*, p.139 y SPAGNOLO, G., *I reati...*, pp. 67 a 71.

les o de procedencia extranjera. Mas la misma fue inmediatamente despenalizada y convertida en ilícito administrativo mediante la Ley 689/1981, aprobada una semana después, esto es el 24 de noviembre¹⁶.

Estos delitos inicialmente inaplicados, lo que les valió el apelativo de “simbólicos”, sin embargo, pasaron a un primer plano conociendo una “nueva vida” al destaparse, fruto de las investigaciones de “*Mani pulite*” el escándalo de “*Tangentopoli*”¹⁷. A partir de ahí varios han sido los intentos de despenalizarlos, y trasladarlos al campo del Derecho Administrativo sancionador¹⁸; tendencia u opción (político-criminal) que responde no solo a los deseos de un cierto sector de la clase política italiana de garantizarse la impunidad, sino también a la deficiente configuración de los comportamientos prohibidos lo que conduce -como luego veremos- a un sector de la doctrina italiana a dudar de su efectiva lesividad.

Respecto al bien jurídico protegido en estos tipos, en los trabajos preparatorios de la Ley de 1974, se afirma que la financiación ilícita atentaría contra “el principio democrático fundamental del pluralismo de los partidos” puesto en peligro por la intervención de grupos de presión idóneos para alterar la libre elección de opción política de los ciudadanos o el libre concurso de los mismos a determinar la política nacional tal como se establece en el art. 49 de la Constitución italiana¹⁹. No obstante, algunos autores como SPAGNOLO y FORZATI estiman que no es posible apreciar un único bien jurídico unitario, debiéndose diferenciar el delito de financiación pública ilegal del de financiación empresarial o societaria oculta.

¹⁶ Esta infracción administrativa consiste en la trasgresión de la obligación establecida en el art. 4 de presentar, en el caso de financiación efectuada por un particular a un partido político y demás sujetos mencionados en el art. 7, una declaración conjunta (del donante y del beneficiario) al Presidente de la Cámara de los Diputados cuando las contribuciones superen, en el cómputo anual, los cinco mil euros. Por su parte en este mismo art. 4 se sanciona administrativamente la omisión de la declaración al Presidente de la Cámara de Diputados de las contribuciones provenientes del extranjero, si bien en este caso la obligación de efectuar dicha declaración se limita al sujeto que la recibe. Véase SPAGNOLO, G., *I reati...*, pp. 28/29, autor que critica la conversión a infracción administrativa de estas conductas -más ampliamente en pp. 79-84-; FORZATI, F., *Il finanziamento...*, p.69, pp. 159 y ss; TAORMINA, C., “Finanziamento illecito dei partiti e depenalizzazione” *La Giustizia Penale* 1994, VI, pp. 353 y ss.

¹⁷ La operación “*Mani Pulite*” se inicia el 17 de febrero de 1992 cuando una investigación del Ministerio Público efectuada por Antonio Di Pietro conduce al arresto de Mario Chiesa, consejero provincial socialista y presidente de la institución “Pio Albergo Trivulzio” al ser sorprendido *in fraganti* cuando solicitaba una comisión (*tangente*) a una empresa que concurría a la concesión de un servicio de limpieza para la institución. En pocos meses la investigación se extendió como una mancha de aceite, implicando a muchos políticos y forzando la apertura de numerosos procedimientos, que en muchos casos finalizaron con condenas. Se desveló así la existencia de un sistema generalizado de corrupción en el que estaban implicados el mundo político, la Administración pública y el mundo empresarial, que va a recibir el nombre de *Tangentopoli*. Véase ROMERO FLORES, B., *Partidos...*, pp. 65/66; FORZATI, F., *Il finanziamento...*, pp. 2/3, en especial n. 2; PADOVANI, T. “Il problema Tangentopoli tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità”, *Riv. it dir proc.pen.*, 1996 pp. 460 y ss; MANNA, A., *Corruzione...* p. 155.

¹⁸ FORZATI, F., *Il finanziamento...*, p. 1. Nótese que esta materia ha quedado excluida de la importante despenalización operada por los Decretos Legislativos de 15 de enero de 2016 (núm. 7 y núm. 8). Sobre los mismos véase, DI TULLIO D'ELISIIS, A., *La nuove depenalizzazioni dopo i decreti legislativi 15 gennaio 2016 n.7 e n.8*, Santarcangelo di Romagna (RN) 2016, pp. 1 y ss.

¹⁹ SPAGNOLO, G., *I reati...*, pp. 34/35; FORZATI, F., *Il finanziamento...*, pp. 70 y ss.

En el primero, según SPAGNOLO²⁰, el bien jurídico protegido sería el pluralismo político en los términos expresados por el legislador, mientras que en el segundo, la transparencia de las cuentas de los partidos en relación a las aportaciones efectuadas por sociedades o empresas privadas. Por su parte, FORZATI²¹ sitúa el objeto de tutela de la primera modalidad típica en el pluralismo democrático conectado a los valores de integridad del patrimonio público y de imparcialidad de la Administración Pública; estimando que en la segunda se protege la transparencia de la financiación de las sociedades privadas a los partidos, garantizando la información a los ciudadanos, lo que (indirectamente) les ayuda a tomar partido de manera responsable y consciente por una opción política²².

Entrando ya en el concreto análisis de los tipos delictivos, en el art. 7 apartado 1 se prohíben las financiaciones o contribuciones²³, efectuadas de cualquier forma y modo²⁴, a los partidos políticos, a sus articulaciones político-organizativas y a los grupos parlamentarios por parte de órganos de la Administración Pública, entes públicos, y sociedades con participación pública superior al 20% o de naturaleza privada controladas por ellas²⁵. Si se trata de una sociedad con una participación pública igual o inferior al 20% (o de sociedades controladas por ella) se extiende la

²⁰ *I reati...*, pp 32 a 39, especialmente pp. 34 y 38.

²¹ *Il Finanziamento...*, pp. 70 a 96, y 253.

²² Se refieren asimismo al pluralismo de los partidos como el principal objeto de tutela en el delito de financiación pública ilegal, IACOVIELLO, F.M., “Un delitto-simbolo: il finanziamento illecito ai partiti politici”, *Cass. Pen.* 1995, pp. 1622 y ss y ALAGNA, S., “dei partiti politici e contratti bancari,” *Giur. it* 1980, IV 379 (“El legislatore ha voluto colpire l’indebita ingerenza della burocrazia pubblica e parapubblica nel gioco del pluralismo dei partiti in ella libertà di scelta politica su cui si fonda el nostro sistema parlamentare”). Sitúa a su vez el bien jurídico de la financiación societaria oculta en la “transparencia” de las relaciones entre la economía y la política, MANNA, A., “Corruzione...”, p. 146. No obstante, este autor puntualiza (p. 147) que la transparencia se protege como bien instrumental en cuanto sirve a la protección del derecho de participación democrática en la vida política, que sería el bien final.

²³ Se discute en la doctrina italiana si las expresiones “Finanziamento” y “contributi” deben ser entendidas de manera diversa o tienen un mismo significado resultando intercambiables, fungibles. El problema se plantea por la defectuosa redacción del precepto. En efecto, mientras que en la prohibición del art. 7-1 se emplean ambos términos, el art. 7-3 en el que se ubican las figuras delictivas utiliza únicamente la expresión “contribuciones” (*Chiunque corrisponde o riceve contributi...*). Ello sirve de base para que un cierto sector doctrinal considere que las financiaciones, entendidas como las daciones o entregas con obligación de restitución quedan excluidas de la órbita del delito castigándose únicamente las daciones o entregas a fondo perdido, esto es las contribuciones. Sostiene esta opinión, MAZZARELLI, *Contributi e finanziamenti occulti ai partiti*, en *Temi rom.*, 1981 I, p. 5 en línea con lo sostenido por el Procurador de la República en su petición de archivo efectuada el 5 de noviembre de 1978 ante el Tribunal de Nápoles en el caso de un crédito concedido a un representante de un partido político por un instituto de crédito público. Contrariamente, otro sector de la doctrina entiende que ambas expresiones son intercambiables y aluden a un mismo significado, así SPAGNOLO, G., *I reati...* p. 47 entiende que tanto en una como en otra se alude a “*erogazione di favore (con obbligo di restituzione o senza) idoneo ad esporre a pericolo il bene protetto*”. En el mismo sentido IACOVIELLO, F.M., “Un delitto-simbolo...”, p. 1623.

²⁴ A través de esta fórmula es posible subsumir en el tipo la prestación de servicios y la financiación indirecta -utilizando una persona interpuesta-, SPAGNOLO, G., *I reati...* p. 49 y ss.; FORZATI, F., *I II finanziamento...*, p.136.

²⁵ Sobre los sujetos destinatarios de la prohibición de dar y recibir contribuciones citados en el art. 7.1 (partidos políticos, órganos de la Administración Pública etc) véase SPAGNOLO, G., *I reati...*, pp. 56 y ss.; FORZATI, F., *Il finanziamento...*, p.109 y ss.; pp. 131 y ss.

referida prohibición (art. 7.1 *in fine*) en el supuesto de que semejante participación sea suficiente para asegurar al sujeto público el control de la sociedad.

El apartado 3 del art. 7 dispone el castigo de cualquiera que entregue o reciba contribuciones violando la prohibición prevista en el apartado 1 de este artículo y establece una pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa de hasta el triple de la suma entregada/recibida²⁶.

El denominado delito de financiación societaria oculta aparece plasmado en los apartados 2 y 3 de la disposición estudiada. En el 7.2 se prohíben las financiaciones o contribuciones, efectuadas bajo cualquier forma directa o indirecta, a los partidos políticos, a sus articulaciones político-organizativas y a los grupos parlamentarios por parte de sociedades privadas -al margen de las citadas en el apartado precedente-, salvo que las mismas hayan sido decididas por el órgano social competente y se hayan inscrito regularmente en su balance y además no estén prohibidas por la ley²⁷.

También aquí la sanción penal, idéntica a la de la financiación ilegal pública, afecta tanto al sujeto que da la contribución como al que la recibe (art. 7.3).²⁸

La Ley 659/1981, de 18 de noviembre a la que ya nos hemos referido extiende las prohibiciones contenidas en el art. 7 de la Ley de 2 de mayo de 1974 a los

²⁶ Sostiene SPAGNOLO, G., *I reati...*, p. 67 y ss. que a diferencia de la corrupción que se consuma ya con la aceptación del “*pubblico ufficiale*” de la promesa de dinero o de otra utilidad, el delito que examinamos necesita para su consumación que la contribución haya sido efectivamente entregada y recibida. En caso de que la entrega se haya efectuado por persona interpuesta es necesario la recepción por el destinatario final. De la misma opinión FORZATI, F., *Il finanziamento...*, p. 139 poniendo de manifiesto que es en la *traditio* de la *res*, es decir, en el traslado de la detentación de la cosa de una parte a la otra donde debe situarse el momento de la consumación del delito. En cuanto al aspecto subjetivo de esta figura delictiva, resalta FORZATI, F., *Il finanziamento...*, p. 141, que el dolo requerido aquí, y en consonancia con su estructura objetiva, es de naturaleza compuesta en cuanto comprende manifestaciones volitivas de un mismo resultado vistas desde una perspectiva diferente: la del beneficiario y la del financiador o contribuidor. Por tanto, el aspecto subjetivo se perfeccionará únicamente si existe una voluntad bilateral y no cuando una de las conductas se realiza sin la representación y volición del resultado final. Esta última situación puede darse, por ejemplo, prosigue FORZATI, *idem*, en el caso de que un ente público entregue una financiación a un parlamentario que le ha pedido para una actividad cultural, apolítica, convencido de que es para esos fines cuando realmente no es así.

²⁷ Un sector de la doctrina sostiene, acudiendo a la *ratio legis* del precepto, que esta infracción debe entenderse referida únicamente a las sociedades que tienen la obligación por ley de hacer público de algún modo su balance. Lo que conduciría a excluir a las sociedades personalistas de su perímetro. Véase entre otros SPAGNOLO, G., *I reati...*, p. 75. Sin embargo, otros autores como FORZATI, F., *Il finanziamento...*, p. 124 se muestran en contra de la citada exclusión basándose en el tenor literal de la disposición que exige únicamente la “*regolare iscrizione in bilancio*” pero no la publicidad legal del documento contable.

²⁸ Obsérvese que un importante sector de la doctrina italiana considera que para que esté presente el delito es necesario que se infrinjan las condiciones de que la financiación haya sido decidida por el órgano social competente y se haya inscrito regularmente en el balance de la sociedad prescindiendo de la infracción de la tercera condición a la que alude el núm. 2 del art. 7, a saber que no esté prohibida por la ley. Ello es así pues el núm. 3 del art. 7 en el que viene previsto el tipo delictivo únicamente alude a las dos primeras condiciones del núm. 2 pero no a la tercera. Véase SPAGNOLO, G., *I reati...*, pp.32, 76/77; FORZATI, F., *Il finanziamento...*, p. 68/145; FIORELLA, A., “Sul finanziamento...”, p. 181. Es esta interpretación del precepto, fruto de una descoordinación -intencionada o no, vid *infra*- entre la prohibición del 7.2 y la descripción del tipo del 7-3 la que refuerza la tesis de que en la figura de la financiación societaria oculta nos hallamos ante una infracción formal carente de toda lesividad que a su vez constituye un “delito de sospecha” lo que le hace acreedora de serios reparos de inconstitucionalidad.

miembros del Parlamento nacional, a los miembros italianos del Parlamento Europeo, a los consejeros regionales, provinciales o municipales, a los candidatos a dichos cargos, a las agrupaciones internas de los partidos políticos y a aquellos que ostentan la presidencia, la secretaría o la dirección política y administrativa a nivel nacional regional, provincial o local de los partidos políticos²⁹.

El delito de financiación ilegal ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina italiana. Se pone de manifiesto, en primer lugar, su defectuosa y ambigua redacción especialmente de la modalidad de financiación societaria oculta. Destaca FIORELLA³⁰ que tal como está configurada nos hallaríamos ante un ilícito meramente formal, despojado de cualquier tipo de lesividad, y catalogable como “delito de sospecha”, lo que le haría acreedor del estigma de la inconstitucionalidad.

El planteamiento del citado autor es el siguiente. En el delito de financiación societaria oculta no se castiga la financiación empresarial directamente “condicionante” sino únicamente la no publicitada por no haberse sometido al órgano social competente ni estar registrada en su balance. Y precisamente, esa ausencia de publicidad es la que permite sospechar una presunta conexión del acto con determinados intereses empresariales. Esta concepción que late en el precepto resulta

²⁹ FORZATI, F., *Il finanziamento...*, p. 64; SPAGNOLO, G., *I reati...*, pp. 31/32. Por otra parte, se puede plantear un concurso entre el delito de financiación ilícita a los partidos políticos y el delito de “*corruzione*” equivalente a nuestro cohecho. Como resalta MANNA, A., “*Corruzione...*”, p. 155 ambos son dos delitos típicos de la mala praxis política-administrativa que se destapó con el caso “*Tangentopoli*”. La confluencia de ambos delitos se producirá en el caso de que la persona que recibe la contribución, bien sea de una Administración Pública, bien de una sociedad privada, tenga la doble condición de político y de funcionario (*pubblico ufficiale*). En este caso SPAGNOLO, G., *I reati...* p. 97/98 distingue dos supuestos. Si la contribución aparece ligada a un específico acto administrativo, conforme o contrario a deber, será posible un concurso de los dos delitos. Si la contribución aparece desligada de un tal acto y va anudada a una decisión de tipo política, como puede ser la ampliación de un programa político de un partido o una especificación del mismo, habrá que aplicar entonces sólo el delito de financiación en su modalidad de financiación pública o bien en su modalidad de financiación societaria. Para ilustrar lo anteriormente afirmado pone este autor el siguiente ejemplo: sería corrupción si la contribución la realiza una sociedad del sector de la construcción a un funcionario para garantizarse la concesión de la construcción de un parking o un escuela; en cambio sólo podrá castigarse por financiación ilegal si la contribución se entrega y se recibe únicamente en aras a obtener un compromiso político de que se va a construir el parking o la escuela, cuya adjudicación posterior intentará lograr la sociedad ganando legítimamente el concurso. De la misma opinión, MANNA, A., “*Corruzione...*”, p. 157 para el que la aplicación de la teoría del concurso de delitos viene avalada por la presencia de dos bienes jurídicos distintos, imparcialidad, buen funcionamiento de la Administración Pública, en la corrupción, transparencia ligada a la libre maduración del juicio o elección política en el caso de las financiación ilegal. FORZATI, F., *Il finanziamento...*, p. 204/5 apunta al concurso de normas en el caso de la financiación ilegal pública al vincularla a una forma anticipada de corrupción en sintonía con su concepción del bien jurídico protegido. Según este autor, habría que distinguir el supuesto en que no es posible individualizar el acto de oficio que supone la contraprestación de la financiación, es decir, el supuesto en que no se puede probar la conexión entre ambos; de aquel otro en que sí se ha conseguido probarla. En el primer caso, se castigaría por financiación ilegal, en el segundo por corrupción. Acumular las penas de los dos delitos, prosigue este autor, conduciría a consecuencias incompatibles con el principio de *non bis in idem* sustancial pues una misma dación ilícita se sancionaría dos veces: la primera por el peligro de que se efectúe la contraprestación, la segunda porque la contraprestación se ha efectuado. Distinto sería el caso de la relación entre la infracción del 7.2 de la Ley 1974 y la corrupción, que se solventaría conforme a las normas del concurso de delitos pues diversos son los bienes jurídicos en liza.

³⁰“Sul finanziamento...”, pp. 181 y ss.

insuficiente para recurrir al Derecho penal. Sin que quepa invocar, afirma FIORELLA, para justificar su carácter delictivo la apelación al bien jurídico “transparencia”, pues la transparencia o la falta de transparencia en sí es un bien jurídico meramente instrumental que solamente puede ser atendido en cuanto sirve a la preservación del pluralismo político y la democracia (cosa que en este caso no sucede). Ello conduciría irremediablemente a afirmar la inconstitucionalidad del delito en cuestión³¹.

La segunda objeción importante que se efectúa a los delitos del art. 7 tiene que ver con su carácter de “legislación simbólica de emergencia”. Como pone de manifiesto FORZATI³² la aprobación de la Ley de 1974 y de las previsiones contenidas en su art. 7 responde, en gran medida, al deseo de la clase política de mitigar el clima de alarma social provocado por sonados escándalos de corrupción político-empresarial que tuvieron lugar en Italia en la década de los setenta del siglo pasado (“Caso del Petróleo”, el escándalo INGIC ligado a la adjudicación de impuestos de consumo³³). Con la introducción de estas figuras delictivas se trataba únicamente de tranquilizar a la opinión pública y recuperar la credibilidad política, renunciando a la eficacia en el combate de la criminalidad de la clase político-administrativa. Para ello se crean unos tipos deliberadamente genéricos, oscuros e imprecisos cuya funcionalidad, en algunos casos, se remite a controles de tipo societario-contable³⁴. La consecuencia de ello fue su completa inaplicación³⁵.

Ahora bien, resalta FORZATI, cómo a raíz del caso “*Tangentopolis*” estos tipos delictivos “reviven” y pasan a desempeñar un papel central en la investigación de

³¹ “Sul finanziamento..., pp. 181 y ss. Especialmente pp. 181 a 183. Junto a los principios de ofensividad del delito y el de culpabilidad, en su faceta de la responsabilidad personal penal que tienen reflejo constitucional (arts. 2, 13, 25 y 27.1 CI) observa también FIORELLA, A., *idem* p. 187 la trasgresión de otros principios constitucionales como: el derecho de defensa pues esta presunción, esta sospecha no admite prueba en contrario; el principio de presunción de inocencia y el principio de igualdad. Este último se vería conculcado (p. 182) pues se trata de manera desigual la financiación oculta de una sociedad respecto a la financiación oculta de otros entes colectivos (fundaciones, asociaciones) o de personas físicas, cuando la peligrosidad del comportamiento en todos los casos es la misma. Destaca también, siguiendo a este autor, la violación de los principios de personalidad de la responsabilidad penal y de ofensividad del delito, FORZATI, F., *Il finanziamento...*, p. 269 a 274, especialmente p. 273.

³² *Il finanziamento...*, p. 274 y ss.

³³ Sobre los mismos véase, GALLI, G., *L'Italia sotterranea. Storia, politica, scandali*, Roma-Bari, 1983, p. 135; FORZATI, F., *Il finanziamento...*, pp. 274, 281; SPAGNOLO, G., *I reati...*, p. 6/7 n.7; CRESPI, A. “Il peculato per distrazione nella “giurisprudenza” del Senato della Repubblica” *Riv.it.dir.proc.pen.* 1973, p. 418 y ss.

³⁴ *Il finanziamento...*, p. 276, 278, 279, 282. La idea de que el legislador renunció en materia de financiación ilícita a la eficiencia, claridad y coherencia normativa viene avalada en palabras de FORZATI, F., *Il finanziamento...*, pp. 278/279, dejando aparte las limitaciones técnicas y la trasgresión de los aludidos principios constitucionales, por una serie de ulteriores indicios irrefutables: el originario silencio, prolongado siete años, sobre el problema central de la financiación extranjera y de la financiación del ciudadano particular, que tardíamente penalizó la Ley 659/81 y que en menos de una semana resulta despenalizado por la Ley 689/1981; o los intentos continuos de despenalización que se suceden a la inesperada revitalización judicial de estas infracciones.

³⁵ Se destaca en este sentido que desde la aprobación de la ley en 1974 hasta 1990 se incoó una única causa por este delito que finalizó con el archivo de las actuaciones en el año 1979. Véase SPAGNOLO, G., *I reati...*, en su Prefacio, VII; MANNA, A., “Corruzione...”, p. 144.

“*Mani Pulite*”³⁶. Se transita de esta forma al extremo contrario (sostiene este autor de manera crítica), pues lo que constituía una “*norma simbolica-emergenziale dell’ineficacia*” defensiva del *statu quo* muta en una regulación (altamente) eficaz en aras a acabar con la impunidad de la clase dominante (política-administrativa-empresarial); de ahí se explica la firme voluntad política de despenalizarla³⁷.

2.3. Alemania

En Alemania, las conductas delictivas referidas a la financiación de los partidos políticos se encuentran recogidas en el §31d³⁸ de la Ley de Partidos -

³⁶ *Il finanziamento...*, pp.1/2. En las p. 9 y 10 este autor de manera muy plástica resalta “Da reato-emblema della disciplina penale gattopardesca della prima repubblica, ispirata ai canoni del «si cambia tutto per non cambiare niente», l’illicito finanziamento ai partiti è così divenuto “reato-marchio di Tangentopoli»”.

³⁷ *Il finanziamento...*, pp. 276, 278, 290 a 293 y *passim*. Llegados a este punto critica FORZATI, F., *idem* p. 290, el abuso de los espacios aplicativos y de la función de la figura que se hace en la actuación judicial de “*Mani Pulite*” denunciando la “judicialización de la política” que se produjo en este proceso judicial. Concretamente alude este autor a que “el delito de financiación ilícita inspirado en su génesis en un esquema simbólico de emergencia resultó funcional para garantizar en el ámbito de la investigación de “Manos Limpias” una especie de “*supplenza giudiziaria*” en sectores encomendados tradicionalmente al cuidado del poder político o de la Administración Pública”. Con esta expresión “*supplenza giudiziaria*” afirma este autor, *idem* p. 290 citando a PULITANO, “*Supplenza giudiziaria e poteri dello stato*”, *Quaderni costituzionale*, 1982, p. 93 ss., se intenta describir y/o valorar una situación en la cual el juez, básicamente el juez penal, interviene en campos originariamente confiados al poder político o a la Administración. Para a continuación afirmar, *idem* p.291, de manera crítica cómo el Poder Judicial en Italia ha asumido progresivamente un rol político expresivo de una concepción panpenalista que niega de raíz el principio de subsidiariedad. MANNA, A., *Corruzione...*, pp. 151 a 155, por su parte, comenta el debate político parlamentario surgido tras el caso “*Tangentopoli*”, relativo a la despenalización de estos delitos. Se planteó entonces la posibilidad de su conversión a infracciones administrativas aprovechando el proceso de despenalización de numerosas especies delictivas “*bagatellari*” [proceso presente también en la actualidad], y ello al considerarlo un ilícito de carácter meramente formal ligado a la inadecuada consideración de la “*trasparenza*” como objeto de protección jurídico-penal. Frente a esta importante corriente de opinión, este autor se muestra favorable a su mantenimiento en el seno del Derecho penal esgrimiendo argumentos ligados a la menor eficacia en la lucha contra la corrupción política. Ligado a ello dos son las objeciones que plantea este autor a su traslado al ordenamiento administrativo: La primera relativa al órgano encargado de su investigación, sin independencia de los poderes públicos, y la segunda y principal, ligada a razones de naturaleza procesal. En este último sentido MANNA, A., *ob.cit.*, p. 154, sostiene que el delito de financiación ilegal de partidos políticos, como atestigua la experiencia de la investigación de “*Mani Pulite*”, aparece ligado la mayoría de las veces a la comisión de delitos graves contra la Administración como la “*corruzione*” o la “*concussione*”, de modo que la posibilidad de investigar sobre él proporciona la oportunidad de descubrir por los jueces esos otros delitos graves.

³⁸ “(1) Quien con la intención de ocultar el origen o la utilización de los recursos del partido o su patrimonio, o de eludir la pública rendición de cuentas,

1. proporciona datos incorrectos sobre los ingresos o el patrimonio del partido en un informe de rendición de cuentas presentado al Presidente del Parlamento Federal alemán o presenta al Presidente del Parlamento Federal alemán un informe de rendición de cuentas incorrecto o

2. como receptor de una donación, la fracciona y contabiliza o permite contabilizar las fracciones resultantes o

3. omite hacer entrega de una donación contraviniendo lo dispuesto en el § 25.1 frase 3,

será castigado con una pena de privación de libertad de hasta tres años o multa. No será castigado por el núm. 1, quien presente por el partido bajo las condiciones del § 23b 2 una denuncia conforme al § 23b 1 o colabore en su presentación.

Gesetz über die politischen Parteien (Parteiengesetz)- de 31 de enero de 1994³⁹. Este precepto no figuraba inicialmente en el articulado de la Ley. Su incorporación a la misma se produce mediante la reforma de la norma en el año 2002 (8 *Parteiengesetznovelle*, 28 de junio 2002)⁴⁰. Su introducción responde al escándalo de la financiación ilegal de la CDU en el que se vio involucrado el ex presidente de la RFA y antiguo mandatario de este partido Helmut Kohl. Se trataba de un caso de donaciones ilegales recibidas por este partido entre los años 1993 y 1998 y cuya cuantía superaba los dos millones de marcos⁴¹.

Destapado el asunto por la prensa y ante la insuficiencia de los delitos tradicionales del Código Penal (en adelante *StGB*)⁴² para hacer frente a estos comporta-

(2) Será castigado con pena de privación de libertad de hasta tres años o multa, quien como auditor o como ayudante de un auditor informa incorrectamente sobre el resultado de la revisión del informe de rendición de cuentas, oculta en el informe del auditor circunstancias relevantes o extiende una nota confirmatoria incorrecta en cuanto al contenido. Si el autor actúa a cambio de una remuneración, con la intención de enriquecerse o enriquecer a otros, o con la intención de perjudicar a otros, la pena de privación de libertad será de hasta cinco años o multa.”

“(1) Wer in der Absicht, die Herkunft oder die Verwendung der Mittel der Partei oder des Vermögens zu verschleiern oder die öffentliche Rechenschaftslegung zu umgehen,

1.unrichtige Angaben über die Einnahmen oder über das Vermögen der Partei in einem beim Präsidenten des Deutschen Bundestages eingereichten Rechenschaftsbericht bewirkt oder einen unrichtigen Rechenschaftsbericht beim Präsidenten des Deutschen Bundestages einreicht oder

2.als Empfänger eine Spende in Teilbeträge zerlegt und verbucht oder verbuchen lässt oder

3.entgegen § 25 Abs. 1 Satz 3 eine Spende nicht weiterleitet,

wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Nach Satz 1 wird nicht bestraft, wer unter den Voraussetzungen des § 23b Abs. 2 eine Selbstanzeige nach § 23b Abs. 1 für die Partei abgibt oder an der Abgabe mitwirkt.

(2) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer als Prüfer oder Gehilfe eines Prüfers über das Ergebnis der Prüfung eines Rechenschaftsberichts unrichtig berichtet, im Prüfungsbericht erhebliche Umstände verschweigt oder einen inhaltlich unrichtigen Bestätigungsvermerk erteilt. Handelt der Täter gegen Entgelt oder in der Absicht, sich oder einen anderen zu bereichern oder einen anderen zu schädigen, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe.”)

³⁹ Consultada en <https://www.gesetze-im-internet.de>. Esta norma consagra un modelo mixto de financiación en el que se combinan fondos públicos y privados. De tal forma que los partidos políticos se financian básicamente a través de tres fuentes: las cuotas de sus afiliados, las donaciones y los fondos públicos. Junto con estas fuentes principales de ingresos, existen otras fuentes de financiación como, por ejemplo, los ingresos patrimoniales, los ingresos por publicaciones o provenientes de actividades relacionadas con sus funciones. Extensamente, FERNÁNDEZ VIVAS, Y., “El régimen de los partidos políticos en Alemania”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm.31, 2013, pp. 490 a 499, MORLOK, M., “Dos cuestiones clave en la regulación jurídica de los partidos políticos: financiación y democracia interna”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 2015, pp. 188 y ss. Véase igualmente LENSKE, S-C, “§18”, *Parteiengesetz und Recht der Kandidatenaufstellung*, Baden-Baden, 2011, pp. 178 y ss,

⁴⁰ BOSCH, N., “§31d”, en KERSTEN/RIXEN, *Parteiengesetz (PartG) en europäisches Parteienrecht Kommentar*, Stuttgart, 2009, p. 529, LENSKE, S-C, “§31d” *Parteiengesetz...cit.*, p. 362; SALIGER, F., *Parteiengesetz und Strafrecht. Zur Strafbarkeit von Verstößen gegen das Parteiengesetz insbesondere wegen Untreue gemäß §266 StGB*, Tübingen, 2005, p. 1 y ss., p. 605. Ampliamente sobre las novedades, en general, de esta Ley SALIGER, F., *Parteiengesetz...*, pp. 513 y ss.

⁴¹ 900.000 Marcos en 1993, 200.000 en 1994, 270.000 en 1995, 710.000 en 1996, 94.106,50 en 1998. Véase SALIGER, F., *Parteiengesetz...*, p.15 a 19.

⁴² SALIGER, F., *Parteiengesetz...*, p.616, BOSCH, N., “§31d”..., p. 529.

mientos, se decide legislar penalmente en el ámbito del derecho de financiación de los partidos, incorporando un precepto penal específico⁴³.

El bien jurídico protegido en el §31d de la Ley de Partidos (en adelante *PartG*) se sitúa, en los trabajos parlamentarios de la Ley de 2002, en “La confianza de la opinión pública en la corrección en la rendición de cuentas de los partidos políticos a la que alude el art. 21.1.4 de la Constitución alemana”⁴⁴. En este 21.1.4 se proclama que “los partidos políticos deben dar cuenta públicamente de la procedencia y uso de sus recursos, así como de su patrimonio”. Así pues, se trataría de proteger el mandato constitucional de transparencia de las finanzas de los partidos políticos⁴⁵.

Esta “transparencia financiera” aparece conectada estrechamente, como destaca SALIGER⁴⁶, con los otros principios también plasmados en el art. 21.1 de la Constitución alemana, a saber, la participación de los partidos políticos en la formación de la voluntad política del pueblo, la exigencia de democracia interna y la garantía de igualdad de oportunidades en los procesos electorales⁴⁷.

En suma, es a la preservación de los citados principios a los que sirve de manera preventiva el §31d *PartG* lo que contribuye en última instancia al mantenimiento del sistema democrático⁴⁸.

⁴³ Pone de manifiesto SALIGER, F., *Parteiengesetz*..., p. 608 que a pesar de la existencia de sensibles diferencias entre los proyectos y propuestas presentadas, lo que hacía prever una tramitación lenta de la reforma, se llega, sin embargo, rápidamente a un proyecto de Ley de reforma de consenso (presentado el 16.4.2002) que es aprobado con una celeridad sin parangón en la historia de la legislación de partidos alemana. El motivo de semejante proceso legislativo “expres” hay que situarlo según este autor (*op.cit.* p. 608) en la revelación por la prensa del escándalo del SPD en Wuppertal y sobre todo en Colonia, en ese mismo año 2002 que aflora en las fechas previas a las elecciones al *Bundestag*, lo cual pone en cuestión la imagen del SPD como partido que iba a limpiar la política frente a su competidor CDU.

⁴⁴ *BT-Drs 14/8778*, p.17. Véase BOSCH, N., “§31d”..., p. 530, SALIGER, F., *Parteiengesetz*..., p. 610.

⁴⁵ BOSCH, N., “§31d”..., p. 530; SALIGER, F., *Parteiengesetz*..., p.610 y ss. En sentido similar LENSKI, S-C, “§31d”..., p. 362 al sostener que en el precepto se castigan penalmente determinadas violaciones del deber constitucional de rendición de cuentas del art. 21.1.4 de la Constitución.

⁴⁶ *Parteiengesetz*..., p. 613. En la misma línea BOSCH, N., “§31d”..., p. 533, MORLOK, M., “Spenden-Rechenschaft-Sanktionen. Aktuelle Fragen der Parteienfinanzierung”, *NJW*, 2000, p. 762.

⁴⁷ Principios que recuerda el §1 de la *PartG*, al referirse al estatus jurídico constitucional y a las funciones de los partidos políticos. Sobre el §1 véase el comentario de LENSKI, S-C., *op.cit.* p. 23 a 30. Analiza a su vez los mismos de manera pormenorizada, FERNÁNDEZ VIVAS, Y., “El régimen...”, pp. 464 y ss. Sobre el principio de democracia interna específicamente MORLOK M., “Dos cuestiones...”, pp. 183 y ss. Véase también sobre este principio, en general, PERÉZ-MONEO M., “El control de los cargos internos de los partidos políticos por parte de afiliados y simpatizantes. La democracia interna de los partidos políticos” en *Problemas actuales sobre el control de los partidos políticos* (MATIA PORTILLA F.J., Dir.), Valencia, 2016, pp. 75 y ss.

⁴⁸ SALIGER, F., *Parteiengesetz*..., p.612/613, autor que destaca cómo este planteamiento aparecía ya en los Trabajos Preparatorios de la Ley de 2002 (*BT-Drucks.* 14/8778, p. 17) en los que se alude para justificar la alta penalidad del delito a los daños que puede provocar en el Estado Democrático y en la Sociedad. Nótese que este autor (*op.cit.* p.611/612), a pesar de que considera que este sería el objeto de protección que genéricamente se encuentra tras el § 31d, sin embargo, en su opinión, no es posible dejar de apreciar concretos bienes jurídicos en cada una de las modalidades delictivas (así por ejemplo, el patrimonio del partido en alguna de las variantes típicas del núm. 1 del 31d), de tal forma que nos hallaríamos ante un “komplexes Konglomerat von Rechtsgütern”.

Entrando ya a analizar el §31d, hay que destacar que dos son los delitos consagrados en él. A su vez cada uno de ellos ofrece diferentes alternativas típicas. En el número 1 de este parágrafo se sitúan bajo pena las vulneraciones de determinadas prohibiciones de la Ley de Partidos (situadas en su Capítulo 5º) efectuadas con la finalidad de ocultar la financiación de los partidos o de eludir el deber que tienen de rendir cuentas. Mientras que su número 2 comprendería los comportamientos delictivos cometidos por las personas que intervienen en el examen del informe de rendición de las cuentas del partido, a saber, el auditor y sus ayudantes⁴⁹.

En cuanto a su naturaleza, la doctrina alemana sostiene que nos hallamos ante delitos de simple actividad (*schlichte Tätigkeitsdelikte*). Basta para que esté presente su consumación que se cometa la acción con la intención de ocultar el patrimonio o evitar la pública rendición de cuentas sin que sea necesario ningún resultado (dañoso)⁵⁰. También hay unanimidad en la catalogación de estas conductas -con la salvedad de la contenida en el §31d.1.1- como delitos especiales propios (*echte Sonderdelikte*). De tal forma que sólo pueden ser cometidos por las personas que son portadoras de un deber especial establecido en los correspondientes tipos⁵¹.

En el núm. 1 del §31d es posible diferenciar cuatro alternativas típicas. Todas ellas deben venir presididas por la finalidad de ocultar la financiación de los partidos o de eludir el deber que tienen de rendir cuentas. Se trata, como ya hemos comentado de la trasgresión de determinadas prohibiciones que efectúa la Ley de Partidos. Se castiga con una pena de hasta tres años de privación de libertad o multa al que con la intención de ocultar el origen o la utilización de los recursos del partido o su patrimonio, o de eludir la pública rendición de cuentas:

- 1) proporciona datos incorrectos sobre los ingresos o el patrimonio del partido en un informe de rendición de cuentas⁵² presentado al Presidente del Parlamento Federal alemán o presenta al Presidente del Parlamento Federal alemán un informe de rendición de cuentas incorrecto.
- 2) como receptor de una donación, la fracciona y contabiliza o permite contabilizar las fracciones resultantes.⁵³

⁴⁹ Véase por muchos LENSKE, S-C, “§31d”..., p. 362 y ss.

⁵⁰ SALIGER, F., *Parteiengesetz*..., p. 615.

⁵¹ LENSKE, S-C, “§31d”..., p. 371, autor que señala que en cuanto se trata de delitos especiales propios y el círculo de autores aparece revestido de esos deberes especiales, se atribuye a cada autor una posición de garantía por lo que el hecho también puede ser realizado conforme al §13-1 *StGB*, -*Begehen durch Unterlassen*- por omisión cuando el autor no impide el comportamiento de otro obligado especialmente cuando está capacitado para ello. Igualmente BOSCH, N., “§31d”..., p.558 y SALIGER, F., *Parteiengesetz*..., p. 660/661. Este último autor destaca a su vez el carácter de normas incompletas (en su terminología, “normas penales en blanco impropias”, *unechte Blankettstrafnormen*) de los tipos del §31d pues contienen elementos cuyo significado y contenido tiene que ser extraído de las normas extrapenales de la Ley de Partidos.

⁵² Establece de manera detallada lo que debe contener este informe de rendición de cuentas el § 24 (*Rechenschaftsbericht*). *PartG*. Véase LENSKE, S-C, “§24” *op.cit.*, p. 255 a 288.

⁵³ La doctrina alemana destaca que nos hallamos ante un delito de “dos acciones” (*zweiaktiges Delikt*) pues el delito presupone no sólo el fraccionamiento de la donación sino su ulterior contabilización de las partes resultantes de la misma. Sujetos activos de este delito especial sólo pueden serlo aquellos que

3) omite hacer entrega de una donación contraviniendo lo dispuesto en el §25.1. frase 3 de la *PartG*⁵⁴.

En este mismo número 1 se consagra una excusa absolutoria referida a las dos primeras variantes típicas que figuran en su inciso primero, esto es, la relativa al suministro de datos incorrectos y la relativa a la presentación de un informe de rendición de cuentas incorrecto. Se establece que no será castigado por ellas quien presente por el partido la denuncia a la que se refiere el §23 b.1 *PartG* o colabore en su presentación⁵⁵ En este párrafo se recoge la obligación que tiene el partido de denunciar por escrito al Presidente del Parlamento Federal alemán que el informe de rendición de cuentas que le ha presentado adolece de incorrecciones, una vez que llega a su conocimiento la existencia de las mismas. Es necesario, a tenor de lo dispuesto en el propio §31d 1 *in fine PartG*, que la interposición de esta denuncia se efectúe conforme a las condiciones exigidas en el §23 b.2 *PartG*, condiciones que básicamente se refieren al momento de su presentación: la denuncia tiene que ser presentada antes de que sean públicas las mencionadas incorrecciones, o se

mediante la ley, los estatutos del partido o un contrato están legitimados por el partido para recibirlas. En todo caso están legitimados por mor de lo dispuesto en el §25.1 frase 3 *PartG* sus afiliados. Como “donaciones al partido” (*Parteispende*) hay que entender todas las donaciones a las que se alude en el §25 *PartG* incluidas las prohibidas en el número 2 de este párrafo. Véase LENSKEI, S-C, “§31d”..., p. 364; BOSCH, N., “§31d”..., p.538; SALIGER, F., *Parteengesetz*..., p. 624. En el §25 *PartG* (“Donaciones”-*Spende*-) se establece como límite a las donaciones a los partidos políticos efectuadas por particulares o empresas la cantidad de 1.000 euros (núm. 1 frase 2). Esta cantidad se rebaja hasta los 500 en el caso de donantes anónimos. Consecuentemente están prohibidas las donaciones que sobrepasen estas cantidades. Aunque la norma no dice nada al respecto, estas cantidades deben entenderse que son por persona y por año. Esta interpretación, aparece avalada por el fin y el sentido del precepto. Véase LENSKEI, S-C, “§25, *op.cit.*”, p. 299. En el núm. 2 del §25 *PartG* se prohíben una serie de donaciones: -Las que provengan de organismos de Derecho público, grupos parlamentarios o grupos u organismos municipales; - Las donaciones de fundaciones políticas u organizaciones cuyos fines son exclusivamente religiosos o caritativos; -Las donaciones provenientes de empresas de capital mayoritariamente extranjero o de ciudadanos extranjeros siempre que la donación sea superior a 1.000 euros; -Las donaciones que se hacen a asociaciones profesionales con la consigna de transferirlas seguidamente a un partido político;-Las donaciones de empresas que total o parcialmente sean de propiedad pública o administradas o dirigidas por los poderes públicos siempre que la participación directa de éstos no sobrepase el 25 por ciento; -Las donaciones anónimas superiores a 500 euros; -Las donaciones sinalagmáticas, esto es, las que se efectúan con el fin de obtener como contraprestación una determinada ventaja económica o política; -Las donaciones que son obtenidas para el partido por un tercero a cambio de una retribución siempre y cuando la retribución supere el 25 por ciento de la donación conseguida. Extensamente, LENSKEI, S-C, “§25, *op.cit.*”, p. 289 a 318 y SALIGER, F., *Parteengesetz*..., p.513 y ss. Destaca SALIGER, F., *ob.cit.* p. 513 que la regulación de las donaciones en la *PartG* fue modificada por la Reforma de 2002 como consecuencia del escándalo de las donaciones a la CDU y a la SPD.

⁵⁴ En el §25.1 frase tres *PartG* se establece que los afiliados de un partido que reciban donaciones para éste deben hacérselas llegar de inmediato al miembro de la Junta Directiva del partido responsable según los estatutos de sus finanzas. Véase LENSKEI, S-C, “§25, *op.cit.*”, p. 289 y ss. Sobre las características de este delito de omisión BOSCH, N., “§31d”..., p. 539/540; SALIGER, F., *Parteengesetz*..., p. 626/627; LENSKEI “§31d”..., p. 365.

⁵⁵ Véase SALIGER, F., *Parteengesetz*..., p. 636 y ss; BOSCH, N., “§31d”..., p. 547 y ss; LENSKEI “§31d”..., p. 366 y ss.

haya informado sobre ellas al Presidente del Parlamento Federal alemán o hayan sido detectadas en un procedimiento oficial ⁵⁶.

En el número 2 del §31d *PartG*, se castiga al auditor y a sus ayudantes que intervienen en el examen del informe de rendición de cuentas del partido ⁵⁷. Tres son las conductas delictivas que pueden cometer estos sujetos. La primera variante típica consiste en informar incorrectamente sobre el resultado de la revisión del informe de rendición de cuentas, información que debe constar en el informe del auditor a que se refiere el §30 *PartG*. Según LENSKI ⁵⁸ el informe de revisión se puede considerar incorrecto si el resultado del mismo no coincide con el resultado al que ha llegado el auditor tras el examen. Por tanto, es válido un concepto de incorrección subjetiva. Por otra parte, el delito se consuma cuando el informe sobre el examen es entregado a las juntas directivas del partido autorizadas para recibirlo a las que alude el §30.1 *PartG* ⁵⁹.

Como segunda alternativa típica figura el ocultamiento en el informe del auditor de circunstancias relevantes sobre el informe de revisión de cuentas del partido. En opinión de BOSCH ⁶⁰ “datos o circunstancias relevantes” son aquellos que para la correspondiente Junta Directiva destinataria del informe, pueden ser significativos en el sentido de que su conocimiento produciría el cambio en el juicio o valoración

⁵⁶ LENSKI, S-C, “§23b, *op.cit.*”, pp. 250 y ss.

⁵⁷ El auditor puede ser un auditor individual o una empresa de auditoria. En este último supuesto responden las personas que trabajan para ella en virtud de la cláusula del art. 14 *StGB* (actuación en nombre de otro). Hay que puntualizar que el concepto de “auditor” abarca tanto al “auditor económico” (“*Wirtschaftsprüfer*”) como también al “auditor contable jurado o censor jurado de cuentas” (“*vereidigte Buchprüfer*”). El primero de ellos es el encargado de efectuar el informe de revisión de los partidos que han obtenido la cuota de representación a la que alude el §18. 4 *PartG* mientras que el segundo auditará al resto (§23. 2 *PartG*). En cuanto a los ayudantes del auditor (“*Gehilfen*”), se considera como tales a aquellas personas que se emplea en la revisión de las cuentas del partido independientemente de la relación laboral existente, siempre y cuando no desempeñen únicamente tareas de mero apoyo material en cuyo caso estarán excluidas. Véase LENSKI, S-C, “§31d”..., p. 368; BOSCH, N., “§31d”..., p.551/552. Extensamente, SALIGER, F., *Parteiengesetz*..., p. 664 y ss. Destaca este último autor (op. cit. pp. 615/616 y 644) cómo el §31d.2 aparece construido a imagen y semejanza del tipo penal contenido en el §332 del Código de Comercio alemán (*HGB*) que a su vez se inspiró, en esencia, en el tipo penal del §403 de la *Aktiengesetz*. Esta circunstancia origina que a la hora de interpretar la referida disposición de la *PartG*, se utilice por la doctrina alemana la interpretación de su homólogo del *HGB*. En este § 322 denominado “Violación del deber de informar” y referido a las sociedades mercantiles, se castiga con la pena de privación de libertad de hasta tres años o con multa al auditor de cuentas y a su ayudante que informa incorrectamente sobre el resultado de la auditoría de unas cuentas anuales, un informe de gestión, unas cuentas consolidadas, un informe de gestión consolidado de una sociedad de capital o extiende una nota de confirmación incorrecta desde el punto de vista del contenido. La pena se agrava (hasta cinco años de privación de libertad o multa) si el autor actúa percibiendo una remuneración, o con la intención de enriquecerse o enriquecer a otro o con la intención de perjudicar a otro.

⁵⁸ “§31d”..., p.369. En la misma dirección SALIGER, F., *Parteiengesetz*..., p. 647 y ss.; BOSCH, N., “§31d”...,p. 552.

⁵⁹ A la Junta Directiva del partido y a la Junta Directiva de la sección territorial examinada. LENSKI, S-C., “§31d”..., p. 369.

⁶⁰ “§31d”..., p. 554. Véase a su vez LENSKI, S-C, “§31d”..., p. 369 y SALIGER, F., *Parteiengesetz*..., p. 650/651.

del resultado del examen. También aquí se consuma el delito en el momento de que el auditor entrega su informe a la correspondiente Junta Directiva del partido.⁶¹

Finalmente, se castiga el efectuar o extender por parte del auditor una nota confirmatoria incorrecta en cuanto al contenido. La “*Bestätigungsvermerks*” a la que alude el §31d2 *PartG* es la nota del auditor a la que se refiere el §30.2 *PartG*. En él se establece que el auditor debe dejar constancia mediante una nota u observación de que el informe de rendición de cuentas se ajusta a lo dispuesto en la *Ley de Partidos*, nota que debe figurar en dicho informe y ser publicada conjuntamente con él. Esta nota es incorrecta si se hace sin limitación a pesar de que según el resultado del examen existen objeciones; o cuando a pesar del resultado positivo del examen, éste se ha hecho de manera defectuosa o desacertada o se ha efectuado sólo parcialmente⁶².

La pena asignada a este segundo bloque de comportamientos delictivos es la misma que la del núm. 1 del §31d *PartG*. No obstante, se prevé aquí una agravación (hasta 5 años de privación de libertad) en el supuesto en que el autor actúe a cambio de una remuneración⁶³, con la intención de enriquecerse o enriquecer a otros⁶⁴, o con la intención de perjudicar a otros.^{65 66}

⁶¹ LENSKI “§31d”..., p. 369/370, BOSCH, N., “§31d”..., p. 554.

⁶² Véase SALIGER, F., *Parteiengesetz*..., p. 644 y ss; LENSKI, S-C “§31d”..., p. 368 y ss., BOSCH, N., “§31d”..., p. 550 y ss. En cuanto al tipo subjetivo del § 31 d.2 se admite no sólo el dolo directo sino también el dolo eventual. Lo que no es necesario, en contraposición del § 31d.1, es que esté presente una especial intención. Véase LENSKI, S-C, “§31d”..., p. 370 y ss. BOSCH, N., “§31d”..., p. 555 y ss.

⁶³ En cuanto a la primera cualificación (*Handeln gegen Entgelt*), a la hora de determinar qué se entiende por remuneración (*Entgelt*) hay que acudir a la definición auténtica proporcionada por el §11.1.9 *StGB*. En él se define como toda contraprestación que consiste en una ventaja patrimonial. Es necesario que entre el hecho y la recompensa prometida medie una relación sinalagmática a través de un acuerdo ilícito, siendo irrelevante el hecho de la entrega material de la recompensa. Véase BOSCH, N., “§31d”..., p. 556; SALIGER, F., *Parteiengesetz*..., p. 654/655; LENSKI, S-C., “§31d”..., p. 371

⁶⁴ Se sostiene en lo tocante a esta segunda cualificación (“*Bereicherungsabsicht*”), que dado que la ley no dice nada no es preciso que se trate de una ventaja patrimonial ilegal. Tampoco se exige la efectiva consecución de la ventaja patrimonial. Véase LENSKI, S-C, “§31d”..., p. 371; BOSCH, N., “§31d”..., p. 556/557; SALIGER, F., *Parteiengesetz*..., p. 655/65.

⁶⁵ Se destaca por la doctrina que el perjuicio al que se refiere esta tercera cualificación (*Schädigungsabsicht*) puede ser de cualquier tipo. Por tanto, no es necesario que sea un perjuicio patrimonial. Véase LENSKI, S-C., “§31d”..., p. 371; BOSCH, N., “§31d”..., p. 557/558; SALIGER, F., *Parteiengesetz*..., p. 656/657. Respecto al tema de los concursos, la doctrina sostiene que si el autor lesiona con el informe de rendición de cuentas más de una de las alternativas típicas del § 31 d se le castigará sólo por una acción punible. Por otra parte, la relación entre el §31d con la *Untreue -infidelidad-* del § 266 *StGB*, figura delictiva genérica de gestión desleal, en caso de que se produzca en perjuicio del partido se dilucidará por las disposiciones del concurso ideal (§ 52 *StGB*). Véase LENSKI, S-C, “§31d”..., p.372, BOSCH, N., “§31d”..., p.559 y 560 y SALIGER, F., *Parteiengesetz*..., p. 662 y ss., autor que efectúa un análisis pormenorizado sobre el delito de infidelidad en el ámbito de los partidos políticos (*op.cit.*, pp. 20 y ss). Recientemente la Sentencia del BGH 3 StR 265/14 -Marginal 39- (Consultada en www.hrr-strafrecht.de) sostiene que el §31d *PartG* no es una norma especial respecto al §266 *StGB* por lo que éste último párrafo será perfectamente aplicable a los casos de financiación ilegal. Ello es así porque se protege en ambas normas bienes jurídicos distintos, argumenta el Alto Tribunal alemán: la confianza de la opinión pública en la correcta rendición de cuentas de los partidos en el §31 d; el patrimonio en el §266 *StGB*.

⁶⁶ Hay que resaltar que la regulación penal se completa en la *PartG* con el establecimiento de un régimen sancionador para los supuestos de financiación irregular del partido que comprende la devolución de la

III. EL MODELO ESPAÑOL DE FINANCIACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

La legislación española sobre financiación de partidos políticos opta por un sistema mixto en el que van a converger fondos públicos y privados. Cuando se habla de financiación de partidos políticos debemos hacer referencia básicamente a dos normas. Por un lado a la LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG), que se ocupa de los gastos y subvenciones electorales, así como del control de la contabilidad electoral y del otorgamiento de las subvenciones, ello sin perjuicio de la existencia de leyes autonómicas reguladoras de la materia electoral en su ámbito territorial y de competencias. Por otro lado a la LO 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos (LOFPP), que regula, entre otros aspectos, la financiación de los gastos ordinarios y de seguridad de los partidos políticos⁶⁷. Estas dos Leyes han sido recientemente reformadas por Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos (LOCAEFPP) que de manera positiva ha venido a reforzar la vigilancia y supervisión de dicha actividad.⁶⁸

El sistema de financiación recogido en la LOFPP es de naturaleza mixta público-privada. La financiación a través de recursos públicos se establece en el art. 3, en el que se preceptúa que el Estado otorgará con cargo a los Presupuestos Generales,

subvención estatal obtenida (§31a *Rückforderung der staatlichen Finanzierung*), la reclamación contra el partido en caso de incorrección del informe de rendición de cuentas de una suma igual al doble de la indicación incorrecta (§31b *Unrichtigkeits des Rechenschaftsberichts*) y la interposición de una reclamación igual al triple de la cantidad percibida por una donación ilegal o igual al doble de la suma donada al partido y no publicada (§31c *Rechtswidrig erlangte oder nicht veröffentlichte Spenden*).

⁶⁷ Sobre el sistema de financiación de los partidos políticos en España, véase, entre otros, ARIÑO ORTIZ, G., *La financiación de los partidos políticos*, Madrid 2009, pp. 11 y ss; SANCHEZ MUÑOZ, O., “La financiación de los partidos políticos en España: Ideas para un debate” *REDC*, núm. 99, 2013, pp. 161 y ss.; HOLGADO GONZÁLEZ, M., *La financiación de los partidos políticos en España*, Valencia, 2003, pp. 17 y ss.; RODRÍGUEZ LÓPEZ, A., “La financiación de la actividad ordinaria de los partidos políticos en la legislación española”, *Actualidad Administrativa*, nº 13 julio 2010, pp. 1563 y ss; COELLO DE PORTUGAL, J.M., “La LO 5/2012 de 22 de octubre, una buena reforma en una buena dirección del régimen de financiación de los partidos políticos” *Foro, Nueva época*, vol.15, núm. 2 (2012) pp. 337 y ss.; CLAUDIA SANTANO, A., “La financiación ordinaria de los partidos políticos en España”-Nuevas Normas, viejos desafíos” *RGDC* 19 (2014), pp. 1 y ss.; MAROTO CALATAYUD, M., *La financiación...*, pp. 129 y ss.

⁶⁸ Entre las nuevas medidas aprobadas por la citada Ley se incluyen: la clarificación del concepto de donación de un partido político, la referencia a la recepción de éstas mediante mecanismos de financiación participativa, la previsión de supuestos de devolución de donaciones indebidas e ingresos al Tesoro, la prohibición de donaciones a los partidos políticos procedentes de personas jurídicas y de condonaciones de deuda por entidades de crédito; la ampliación de la información económica y contable que, de acuerdo con el principio de transparencia, los partidos políticos y las fundaciones y entidades vinculadas o dependientes de ellos han de hacer pública; la regulación de la figura del responsable de la gestión económico-financiera y su comparecencia ante la Comisión Mixta del Tribunal de Cuentas; la obligatoriedad para los partidos de aprobar unas instrucciones internas en materia de contratación y establecimiento de los principios en los que habrá que inspirarse aquella actividad; la introducción en materia de financiación junto a las faltas muy graves, de faltas graves y leves y sus correspondientes plazos de prescripción; la previsión de sanciones para cada tipo de infracción; o la especificación de las circunstancias que determina la existencia de “vinculación” de una fundación o de una asociación a un partido. Véase el Preámbulo de la LOCAEFPP.

subvenciones anuales a los partidos con representación en el Congreso de los Diputados con la finalidad de sufragar los gastos de funcionamiento y de seguridad. Las subvenciones se distribuyen en función del número de escaños y votos obtenidos por cada partido político en las últimas elecciones a la indicada Cámara. Para la asignación de tales subvenciones se dividirá la correspondiente consignación presupuestaria en tres cantidades iguales. Una de ellas se distribuirá en proporción al número de escaños obtenidos por cada partido político en las últimas elecciones al Congreso de los Diputados y las dos restantes proporcionalmente a todos los votos obtenidos por cada partido en dichas elecciones. El mismo régimen se recoge para las Comunidades Autónomas que podrán otorgar subvenciones a los partidos con representación en sus asambleas legislativas.

La financiación privada se regula en los artículos 4 a 8 de la LOFPP. Las fuentes de financiación privada son las aportaciones de los afiliados y las donaciones privadas, en dinero o en especie, provenientes de personas físicas. Estas donaciones privadas están sometidas a una serie de límites y prohibiciones. Así en el art 4 se prohíben las donaciones provenientes de personas físicas que en el ejercicio de una actividad económica o profesional sean parte de un contrato vigente de los previstos en la legislación de contratos del sector público y las condonaciones de deuda que mantengan con entidades de crédito. Por su parte el art. 5 prohíbe la aceptación de: a) donaciones anónimas finalistas o revocables; b) las donaciones procedentes de una misma persona superiores a 50.000 euros anuales; c) las donaciones procedentes de personas jurídicas y de entes sin personalidad jurídica. Finalmente el art. 7, después de autorizar expresamente las donaciones procedentes de personas físicas extranjeras, establece que los partidos no podrán aceptar ninguna forma de financiación de Gobiernos y organismos, entidades o empresas públicas extranjeras o de empresas relacionadas directamente o indirectamente con los mismos.

La LOREG por su parte establece tres tipos de financiación: 1) la financiación directa a través de subvenciones que tendrán como límite el montante de los gastos electorales que vienen a su vez determinados en sus arts. 227 y ss.; 2) la financiación indirecta pública que se presta durante la campaña y que consiste en una serie de prestaciones materiales por parte del Estado recogidas en los art. 55 y ss.⁶⁹; 3) la financiación privada de personas físicas y jurídicas con el límite de 10.000 euros⁷⁰.

⁶⁹ A saber, la cesión por parte de cada Ayuntamiento de lugares especiales gratuitos para la colocación de carteles, pancartas, etc. sin que este tipo de gasto pueda exceder del 25% del límite del gasto previsto para el proceso electoral de que se trate; la cesión gratuita de locales oficiales y lugares públicos por parte de los ayuntamientos para la celebración de actos electorales; el derecho a espacios gratuitos de propaganda electoral en emisoras de radio y televisión de titularidad pública y la posibilidad de contratar publicidad en prensa escrita y en emisoras de radio privadas, gastos que no podrán superar el límite del 20% del gasto previsto para el proceso electoral de que se trate; y la fijación de tarifas especiales para envíos postales de propaganda electoral.

⁷⁰ Nótese que se han mantenido de manera discutible aquí las aportaciones de las personas jurídicas a diferencia de lo que sucede en la LOFPP. Sobre las ventajas e inconvenientes de la financiación pública y la

IV. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En la doctrina española se ha suscitado el debate sobre si es posible identificar un bien jurídico autónomo en las conductas de financiación ilegal o si por el contrario, adolecen de falta del mismo y entonces deben derivarse al ordenamiento administrativo sancionador. Se puede decir que hoy en día es mayoritaria la postura que se decanta por la respuesta afirmativa y se muestra favorable a establecer una figura penal en este ámbito⁷¹.

Por regla general, el bien jurídico protegido se identifica con el correcto funcionamiento del sistema de partidos y del desempeño de las funciones que constitucionalmente tienen asignadas. Así, según NIETO MARTÍN⁷² la financiación ilegal lesiona bienes jurídicos autónomos merecedores de protección penal tales como la transparencia de la financiación, la igualdad de oportunidades entre las distintas fuerzas políticas y la democracia interna de los partidos. En sentido parecido se manifiesta MAROTO CALATAYUD⁷³ al afirmar que el injusto específico de la financiación ilegal abarca la alteración del funcionamiento del sistema de partidos tanto en lo que se refiere a la igualdad de oportunidades entre partidos como a la quiebra de la democracia interna y la oligarquización de las organizaciones políticas que implica.

Por su parte OLAIZOLA NOGALES⁷⁴ matiza la opinión de los dos penalistas anteriores al afirmar que el funcionamiento interno de los partidos no constituye en sí un bien jurídico merecedor de protección debiendo situarse el mismo en las conductas que, trascendiendo a su esfera interna, supongan una perturbación de las funciones que los partidos ejercen hacia los ciudadanos. En suma, en palabras de esta autora, determinados comportamientos de financiación ilegal suponen “un peligro para el ejercicio correcto de las funciones de manifestación y de representación popular que los partidos tienen encomendados en la Constitución Española

financiación privada, véase ROMERO FLORES, B., *Partidos Políticos...*, pp. 62-64, OLAIZOLA NOGALES, I., *La financiación...*, pp. 91 a 99.

⁷¹ Por muchos, OLAIZOLA NOGALES I., “El delito de financiación ilegal de partidos políticos en la reforma del CP”, *La Ley* 2637/2015; NIETO MARTÍN A., “Financiación ilegal de partidos políticos (art. 10-13)” en *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, p. 123. En contra, estimando que la regulación vigente anterior a la Reforma de 2015 era suficiente para sancionar la financiación ilegal de los partidos políticos, GARCÍA ARÁN, M., “Sobre la tipicidad penal de la financiación irregular de los partidos políticos” en *Estudios Penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, (MAQUEDA ABREU/MARTÍN LORENZO/VENTURA PÜSCHEL Coords.), Madrid 2016, p. 605.

⁷² “Financiación...”, p. 123; del mismo “Tema XXI” en *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed. Valencia 2015, pp. 473/474. De la misma opinión CORCOY BIDASOLO/GALLEGO SOLER, “art 304bis” en *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Valencia 2015, p. 1051.

⁷³ *Corrupción y financiación de partidos políticos. Un análisis político-criminal*, Tesis doctoral, Universidad de Castilla-La Mancha, 2012, p. 378.

⁷⁴ *La financiación...*, p. 209.

(CE)”. Consecuentemente, esta autora se muestra partidaria de ubicar el delito en el título XXI, entre los delitos contra la CE⁷⁵.

En un línea similar a OLAIZOLA NOGALES, se pronuncia SAINZ-CANTERO CAPARROS⁷⁶ para el que el bien jurídico a tutelar mediante la incorporación del nuevo título relativo a la financiación de los partidos políticos es de forma concreta “el normal desarrollo de las funciones constitucionalmente atribuidas a los partidos políticos (funciones de garantía del pluralismo político, de conformación y manifestación de la voluntad popular, y de desarrollo de la participación política), procurando garantizar su ejercicio en los términos de libertad e igualdad que el artículo 6 del texto constitucional propone”⁷⁷.

NÚÑEZ CASTAÑO, sin embargo, discrepa de la postura sostenida por OLAIZOLA NOGALES en el sentido de excluir del ámbito típico los comportamientos que permanezcan en el ámbito interno de la organización del partido político sin una manifiesta trascendencia al exterior⁷⁸. Alineándose con NIETO

⁷⁵ Este delito de financiación ilegal situado en sede de los Delitos contra la Constitución se circunscribiría únicamente a la financiación ilegal en la que no se ve involucrada la Administración Pública. Para los casos en que sí se ve involucrada plantea OLAIZOLA NOGALES, I., *op.cit.*, pp. 197 y 198, la creación de tipos penales específicos en el Cohecho, el tráfico de influencias y la malversación. Por su parte, MAROTO CALATAYUD, M., *La financiación...*, p. 320 y ss. defiende, en su propuesta de *lege ferenda* la existencia de un grupo delictivo único agrupado bajo la rúbrica “delitos contra el buen funcionamiento del sistema de partidos” situándolo en los “Delitos contra la Constitución”.

⁷⁶ SAINZ-CANTERO CAPARROS, J.E., “Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos” en *Estudios sobre el Código Penal Reformado. Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*, Madrid 2015, p. 666.

⁷⁷ Próximo a esta posicionamiento se muestra MACIAS ESPEJO, B., “Sobre la incriminación de la financiación ilegal de partidos políticos en el artículo 304 bis del Código Penal”, *CPC*, nº 119, II, p. 131 al poner de manifiesto que: “el bien jurídico protegido en la financiación anómala de los partidos políticos pasa por la tutela de la violación de la función inherente de los partidos políticos, por cuanto que rompen con la reglas de igualdad, objetividad, y transparencia del funcionamiento del sistema democrático, generando disfunciones en la manifestación de voluntad popular, en la participación ciudadana y en el propio pluralismo político; por tanto, considerando que la financiación ilegal viene a distorsionar las exigencias representativas propias, provocando un atentado contra el sistema constitucional, entendemos que el quebranto de la financiación de los partidos políticos se ha de preservar penalmente desde tal perspectiva, dadas las propias reglas del sistema democrático”.

⁷⁸ “El delito de financiación..., pp. 72/73, con la argumentación de que: “efectivamente pueden existir conductas, y de hecho existen, que implicando una *financiación privada* de los partidos políticos, sin una aparente trascendencia exterior, como pudiera ser la utilización de fondos del partido de forma extraoficial, que afecten tanto a la transparencia como a la democracia del propio partido, al implicar una posición de superioridad y mayor capacidad de influencia de aquel miembro o sector que dispone de fondos propios, y, ello lógicamente determina una injerencia de intereses ajenos a la pura voluntad popular que lesiona las funciones constitucionalmente establecidas y, sobre todo, que determina un quebrantamiento de la confianza que los ciudadanos tienen depositada en los mismos como representantes de su voluntad”. Tampoco comparte la interpretación restrictiva de OLAIZOLA NOGALES, BUSTOS RUBIO, M., “El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos”, *Revista Penal* nº 37, 2016, pp. 68/69 pues en “el art. 304 bis CP sí se protege el correcto y normal funcionamiento del sistema de partidos, vigente en España, si bien debemos reconocer que tal premisa, genéricamente expuesta, se muestra insuficiente para configurar en sí misma un bien jurídico directamente tutelado por este delito, y requiere de ulteriores precisiones para evitar deformar las funciones que debe cumplir la institución del bien jurídico. Para el citado penalista (*op.cit.* p. 69) el bien jurídico directamente tutelado debe identificarse “en la libre concurrencia de partidos en condiciones de igualdad, pues sólo protegiéndose esa igualdad de oportunidades de las formaciones se logra sostener con buena salud un sistema democrático de partidos, así como el propio Estado democrático”.

MARTIN y MAROTO CALATAYUD, estima aquella autora que “la democracia interna que constituye uno de los aspectos del correcto funcionamiento de los partidos políticos, es un interés merecedor de protección penal, no sólo porque se trate de un mandato constitucional sino porque *sólo desde los valores democráticos una formación política podrá respetar el pluralismo ideológico y representar correctamente las distintas sensibilidades que la integran*”⁷⁹.

Es innegable que el bien jurídico protegido en el delito de financiación ilegal debe situarse en la tutela o preservación de las funciones que constitucionalmente tienen encomendados los partidos políticos y que son necesarias para el buen desarrollo o funcionamiento del sistema democrático; que según el art 6 de la CE serían expresar el pluralismo político, concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular y ser instrumento fundamental para la participación política de los ciudadanos⁸⁰.

Son precisamente estas funciones las que constituyen el objeto de tutela en la regulación homóloga del Derecho italiano y alemán. En efecto, como ya hemos tenido la ocasión de resaltar, en Italia se sitúa el bien jurídico protegido en las infracciones delictivas del art. 7 de la Ley de 2 de mayo de 1974 sobre la contribución del Estado a la financiación pública de los partidos políticos, en el principio democrático fundamental del pluralismo de los partidos y la transparencia en su financiación, bien jurídico este último instrumental, que sirve para garantizar el derecho de participación democrática en la vida política. En Alemania, se ubica el bien jurídico protegido por el §31d *PartG* en la transparencia de las finanzas de los partidos políticos, que a diferencia de lo que sucede en nuestro derecho, tiene rango constitucional en el art. 21.1.4 de la Constitución alemana. Mas esta transparencia se entiende íntimamente vinculada a los otros principios a los que se refiere el propio art. 21.1, como son la participación de los partidos políticos en la formación de la voluntad política del pueblo o la garantía de igualdad de oportunidades en los procesos electorales.

Ahora bien, sentado lo anterior, no se puede desconocer, tal como está configurado el tipo, su vinculación con los delitos contra la Administración Pública. De tal forma que su tipificación podría responder, en parte, al peligro de comisión de un delito contra la Administración Pública, peligro que aparece especialmente patente en el caso de una entrega finalista o revocable⁸¹. Esta conexión es también apreciada por NIETO MARTIN⁸² al considerar que “pese a este bien jurídico autónomo,

⁷⁹ NUÑEZ CASTAÑO, E., “El delito de financiación...”, p. 73.

⁸⁰ Sobre estas funciones constitucionales, véase SÁNCHEZ MUÑOZ, O., “El control sobre la financiación de los partidos políticos en España” en *Problemas actuales sobre el control de los partidos políticos* (MATIA PORTILLA Dir.) Valencia 2016, p. 387 y ss.; PÉREZ-MONEO AGAPITO, M., *La selección de candidatos electorales en los partidos*, Madrid 2012, pp. 29 y ss.

⁸¹ JAVATO MARTIN, A. “304bis” en *Comentarios Prácticos al Código Penal*. Tomo III (GÓMEZ TOMILLO Dir.), Zizur Menor (Navarra), 2015, p. 719.

⁸² “Lección XXI. Corrupción y abuso de poder” en *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed. Vol. II, Madrid 2015 p. 474. Es muy sintomático en este sentido que en esta obra colectiva

las razones de política criminal que empujan a favor de la criminalización de la financiación ilegal son similares a las que hemos visto en los delitos de cohecho y tráfico de influencias. A nadie se le escapa la capacidad que tienen los partidos, sobre todo los que ocupan el gobierno, en la conformación de las decisiones públicas y el dominio que tiene sobre la Administración. Dada esta situación de dominio, la financiación de un partido político por parte, por ejemplo, de una empresa resulta de una peligrosidad semejante a un soborno de un funcionario público. El poder influir en las decisiones del partido a través de la financiación oculta abre las puertas a las empresas a poder influir sobre la Administración y en los asuntos públicos”.

Y fue también puesta de manifiesto en los debates parlamentarios por el Grupo Parlamentario de UPyD que mediante la enmienda núm. 586 proponía situar los delitos de financiación ilegal en el seno de aquel grupo delictivo mediante la adición de un Capítulo XI (art. 445 bis y 445 ter)⁸³.

Opción ésta que estimamos no sería descabellada, dada la naturaleza de la infracción. Lo que en cualquier caso carece de toda lógica es la ubicación sistemática determinada por el legislador, entre los delitos patrimoniales y los cometidos contra la Hacienda Pública⁸⁴.

Aunque quizá a la vista de las dificultades de encaje de este delito en el CP se podría haberlo incluido en la legislación de partidos políticos, siguiendo la senda del Derecho comparado (Alemania, Francia, Italia). Al situarlo conjuntamente con las infracciones administrativas en la LOFPP se dotaría a la regulación de coherencia interna y se contribuiría a poner en valor el bien jurídico primario del delito ligado al rol y a las funciones que cumplen los partidos en un Estado democrático. Se produciría además una simetría con el marco sancionatorio de la financiación irregular o ilegal electoral, íntegramente contenido en la LOREG.

Que el legislador se haya decantado por introducirlo de manera inopinada en el Código Penal, a modo de “cuerpo extraño”, responde, a nuestro entender, al objetivo de intentar lanzar un mensaje contundente y tranquilizador a la ciudadanía de que se combate la financiación ilegal, en un momento de alarma social fruto de los importantes procesos judiciales contra la corrupción política y de su intenso despliegue mediático. Lógicamente este mensaje se torna mucho más efectivo si el delito en cuestión aparece plasmado en el Código Penal que si lo hace, diluido, en

se ubiquen los delitos que estamos estudiando junto a los delitos de cohecho y de tráfico de influencias. Próximo MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. P.E.*, 20ª ed., Valencia 2015, p. 475.

⁸³ Sobre las distintas propuestas legislativas véase MAROTO CALATAYUD., M., *La financiación...*, p. 306 y ss.

⁸⁴ JAVATO MARTIN, A., “304 bis”..., p. 719. Acertadamente destaca SAINZ-CANTERO CAPARROS, J.E., “Los delitos...”, p. 667 que: “el legislador yerra con la situación sistemática de las nuevas infracciones, en mi opinión, al equivocar la naturaleza de los delitos y la del medio comisivo: la financiación. En definitiva son delitos que afectan a lo económico, por su vinculación con la financiación pero no son delitos económicos, ni “socioeconómicos” al menos en lo que es el entendimiento de esto últimos por la doctrina mayoritaria”.

el marco de la reforma de la legislación sobre la financiación de los partidos políticos.

Este dato (de política legislativa) unido a la inconcreción y deficiencias de las figuras delictivas, a la que aludiremos en páginas sucesivas, nos conduce a afirmar que nos hallamos ante una legislación “simbólica”⁸⁵, de “emergencia” en la que se renuncia a la eficacia y coherencia normativa en aras a calmar a la opinión pública y restablecer la credibilidad política. En este sentido es evidente el paralelismo que guarda la gestación legislativa de los arts. 304 bis y 304 ter con la de las infracciones del art. 7 de la Ley italiana de 2 de mayo de 1974 que tuvo muy presente los escándalos de corrupción político-empresarial acaecidos en la década de los setenta del siglo pasado, alumbrando -deliberadamente- unas tipologías inaplicables⁸⁶. También en Alemania, es el caso de las comisiones ilegales a la CDU (*CDU-Spendenaffäre*) en el que se ve implicado de manera directa el mismísimo Helmut Kohl el que origina la inserción, tras la reforma de 2002, en la Ley de Partidos (*PartG*) del delito del §31d⁸⁷ (Si bien es cierto que se llegó aquí a unas tipologías más precisas y operativas).

V. LAS MODALIDADES TÍPICAS

5.1. Los delitos del art. 304 bis CP

En el art. 304 bis se consagra un tipo básico que se desglosa a su vez en dos (núm.1 y núm.4) y dos tipos agravados (núm. 2 y núm. 3). Asimismo se establece una cláusula de responsabilidad penal del partido político conforme a lo dispuesto en el art. 31 bis del CP (núm.5).

5.1.1. *El tipo básico*

La conducta del núm. 1 del art. 304 bis CP consiste en “recibir” donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores con infracción de lo dispuesto en el art. 5.Uno de la LOFPP. Por su parte en el núm. 4 del citado artículo se sanciona “la entrega” de dichas donaciones o aportaciones.

Nos hallamos ante una prototípica ley penal en blanco en la que se nos precisa expresamente la norma y el precepto de complemento. El legislador ha optado por elevar a la categoría de delito la trasgresión de algunas de las prohibiciones establecidas en la LOFPP respecto a las donaciones privadas efectuadas a los partidos políticos. A tenor de lo dispuesto en su art.5.Uno éstos no pueden aceptar o recibir:

⁸⁵ Sobre el concepto de Derecho penal simbólico, véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena” en *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca 2003, pp.167 y ss.

⁸⁶ Véase *supra*, 2.2 Italia.

⁸⁷ Véase *supra* 2.3 Alemania.

a) donaciones anónimas, finalistas o revocables; b) donaciones procedentes de una misma persona superiores a 50.000 euros; c) donaciones procedentes de personas jurídicas y entes sin personalidad jurídica⁸⁸.

NIETO MARTÍN⁸⁹, de manera crítica, llama la atención sobre el hecho de que al optar el legislador por una remisión estática a unos concretos preceptos de la LOFPP, art. 5.Uno y 7.Dos, un hipotético cambio de los mismos dejaría a la norma penal sin contenido y haría precisa la reforma del CP. Conviene resaltar que esta singular técnica de remisión es la aceptada en otros ordenamientos, como por ejemplo, el francés o el alemán en los que los delitos relativos a la financiación irregular se configuran en mayor o menor medida como normas que sancionan penalmente determinadas, concretas, prohibiciones presentes en su legislación sobre financiación de partidos. No obstante, para paliar este efecto indeseado, acertadamente apuntado por NIETO, se revela de todo punto conveniente la ubicación de estos delitos en la LOFPP, tal como ya defendimos en el estudio del bien jurídico. De esta forma sería más sencilla la adaptación de las figuras penales a las posibles modificaciones que puedan producirse en el sistema de prohibiciones y límites en la financiación de la LOFPP.

La doctrina ha criticado -acertadamente- los restringidos perfiles del tipo destacando la ausencia de determinados supuestos que deberían haber sido subsumidos en el art. 304 bis. Así, llama la atención que no se incluya la prohibición de las condonaciones de deuda de los partidos políticos por parte de las entidades de crédito (art. 4 LOFPP), prohibición que fue una de las novedades de la reciente reforma de la LOFPP operada por la LOCAEFPP y que representa un problema de especial trascendencia en nuestro sistema de partidos⁹⁰. También la no tipificación de un delito de falsedad en la contabilidad del partido a imagen y semejanza del art. 149 de la LOREG que castiga a “Los administradores generales y de las candidaturas de los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores que falseen las cuentas, reflejando u omitiendo indebidamente en las mismas aportacio-

⁸⁸ JAVATO MARTIN, A., “304bis”..., p. 720. En contra de la prohibición por la LOFPP -en su versión reformada en 2015- de las donaciones provenientes de personas jurídicas OLAIZOLA NOGALES, I., “El delito...”, p. 5/6; a favor SÁNCHEZ MUÑOZ, O., “El control...”, p. 398 y ss.

⁸⁹ “Lección XXI. Corrupción...”, p. 453. Asimismo NUÑEZ CASTAÑO, E., “El delito...”, p. 76.

⁹⁰ MAROTO CALATAYUD, M., Financiación ilegal de partidos políticos” en *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Zizur Menor, 2015, p. 762; del mismo *La financiación...*, p. 314; QUINTERO OLIVARES, G., “Arts. 304 bis y 304 ter” en *Comentarios al Código Penal Español. Tomo II*, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 531; SAINZ-CANTERO CAPARROS, J.E., “Los delitos...”, p. 670; PUENTE ABA, L.M., Financiación ilegal de partidos políticos (art 304 bis CP)” en *Comentarios a la Reforma del CP 2015* (Dir. GONZÁLEZ CUSSAC). Valencia 2015, p. 952; BASSO, G.J., “Delitos de financiación ilegal de los partidos políticos” en *Memento Penal Francis Lefebvre* 2016, nº 1278; BUSTOS RUBIO, M., “El nuevo delito...”, p. 72; DE MIGUEL BERIAIN, I., “Delitos de financiación ilegal de los partidos políticos” en *Derecho Penal. PE. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015 de 30 de marzo* (ROMEO CASABONA y otros) Granada 2016, p. 495; HAVA GARCÍA, E., “Financiación ilegal de partidos políticos” en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. T.III. Derecho Penal. P.E. Vol. I. 2ª ed.*, Madrid 2016, p. 460.

nes o gastos o usando de cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables”⁹¹.

Llegados a este punto habría que traer a colación el §31d de la *PartG*. En él, y respecto a la financiación ordinaria de los partidos políticos en Alemania, se establece una figura delictiva consistente en, o bien proporcionar datos incorrectos sobre los ingresos o el patrimonio del partido en el correspondiente informe de rendición de cuentas que se tiene que enviar al Presidente del Parlamento Federal alemán, o bien presentar a esta alta autoridad parlamentaria un informe de rendición de cuentas incorrecto, siempre que se efectúe con la finalidad de ocultar la financiación del partido o eludir el deber que tienen de rendir cuentas. Esta figura delictiva se complementa en el propio §31d *PartG*, con el castigo de los auditores y de sus ayudantes que intervienen en la auditoría del citado informe y ocultan en la misma circunstancias relevantes sobre éste, o reflejan un resultado incorrecto o extienden una nota de confirmación incorrecta en cuanto a su contenido⁹².

Delito, cometido por los auditores, que entendemos debería también incorporarse, en una futura reforma, al ordenamiento penal español junto al de falsedad de la contabilidad del partido.

Se destaca a su vez la ausencia en el tipo de la aceptación por los partidos políticos de que, terceras personas directa o indirectamente asuman de forma efectiva el coste de sus adquisiciones de bienes, obras o servicios o de cualesquiera otros gastos que genere su actividad (art. 4Tres.Operaciones asimiladas LOFPP)⁹³; y de las donaciones de inmuebles que no están sometidas a ningún límite cuantitativo en el art. 5⁹⁴. Finalmente se resalta el olvido en el art. 304 bis de la financiación ilegal de origen público⁹⁵, que sí aparece, por ejemplo, en la legislación italiana, concretamente en el art. 7 de la Ley de 2 de mayo de 1974⁹⁶.

⁹¹ A favor de su tipificación, MAROTO CALATAYUD, M., *Corrupción...*, p. 388; PUENTE ABA, L.M., *Financiación ilegal...*, p. 952-3; OLAIZOLA NOGALES, I., *La financiación ilegal...*, p. 209 y ss.; CORCOY BIDASOLO/GALLEGO SOLER, “art304bis”..., p. 1051; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Financiación ilegal de partidos políticos y corrupción” en *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada* (CASTRO MORENO/OTERO GONZÁLEZ Dirs.), Madrid, 2016, p. 152. Sobre el delito del art. 149 LOREG, véase PUENTE ABA, L.M., “IV. Los delitos electorales. Financiación ilegal” en *Comentarios a la legislación penal especial*, Valladolid 2012, pp. 263 y ss. y MORILLAS CUEVA, L., “Contabilidad irregular en procesos electorales” en *Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto* (MAQUEDA ABREU/MARTIN LORENZO/VENTURA PÜSCHEL Coords.), Madrid 2016, pp. 709 y ss.

⁹² Véase *supra* 2.3. Alemania.

⁹³ QUINTERO OLIVARES, G., “Arts. 304 bis y 304 ter”..., p. 531; SAINZ-CANTERO CAPARROS, J.E., “Los delitos...”, p. 670; HAVA GARCÍA, E., “Financiación...”, p. 460.

⁹⁴ HAVA GARCÍA, E., “Financiación...”, p. 460; QUINTERO OLIVARES, G., “Arts. 304 bis y 304ter”..., p. 531; MAROTO CALATAYUD, M., *La financiación...*, p. 314.

⁹⁵ A favor de su tipificación NIETO MARTÍN A., “Financiación...”, p. 122 y ss.; BUSTOS RUBIO, M., “El nuevo delito...”, pp. 72, MAROTO CALATAYUD, M., *La financiación...*, p. 320 y ss.; SAINZ-CANTERO CAPARROS, J.E., “Los delitos...”, p. 669; OLAIZOLA NOGALES, I., *La financiación...*, pp. 194 y ss., si bien esta autora se muestra partidaria de incluir tipos específicos para las conductas más graves de financiación ilegal pública entre los delitos contra la Administración Pública, en concreto en los tipos de cohecho, tráfico de influencias y malversación; PUENTE ABA, L.M., “Financiación...”, p. 954/955. Según

Entrando a analizar ya el tipo, observamos cómo el legislador, siguiendo la técnica del cohecho, castiga tanto al donante como al receptor de la ayuda, imponiéndoles igual pena. Nos hallamos por tanto, ante un delito plurisubjetivo de encuentro o conducta bilateral⁹⁷.

Las dos conductas típicas se refieren a las aportaciones o donaciones efectuadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores. La doctrina ha criticado con razón la ausencia de las fundaciones abogando por incluir a todo tipo de agrupaciones políticas y entidades vinculadas con los partidos políticos⁹⁸. Hay que tener en cuenta que las fundaciones y otras entidades vinculadas a los partidos se han convertido, desde la aprobación de la LOFPP de 2007, en el principal cauce por el que el dinero tanto público como privado ha seguido llegando a los partidos sorteando las limitaciones impuestas a las donaciones directas.

El artículo 1.3 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, faculta a los partidos políticos a constituir e inscribir federaciones, confederaciones y uniones de partidos mediante el cumplimiento de lo previsto en ella y previo acuerdo expreso de sus órganos competentes. La LOREG, por su parte, se refiere en algunos de sus preceptos a las federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores. Sin embargo, ninguna de estas dos normas define estas figuras, si bien, de la “práctica política”, pueden extraerse algunas notas que las caracterizan. Así, las federaciones -y las más amplias confederaciones- constituyen uniones de partidos de carácter permanente en el tiempo dotadas de órganos propios, diferentes a los de los partidos que las componen (por ejemplo, la ya extinguida federación Convergencia i Unió, integrada por los partidos Convergencia Democrática de Cataluña y Unión Democrática de Cataluña). Por el contrario, las coaliciones, se caracterizan por su temporalidad, normalmente vinculada a un proceso electoral y por carecer de una estructura estable y propia distinta a la de sus partidos integrantes (ejemplo de coalición es la constituida tradicionalmente en Navarra entre el Partido Popular y Unión del Pueblo Navarro). Por último, las agrupaciones de

esta autora si bien es cierto que en el ámbito de las irregularidades en la financiación pública generalmente se verificará algún delito contra la Administración como la malversación, el cohecho o el tráfico de influencias, ello no impide incluir este tipo de financiación ilícita en el delito de financiación ilegal de partidos políticos en primer lugar, porque en esta clase de comportamientos se está vulnerando dos bienes jurídicos, el correcto funcionamiento de la Administración Pública y la transparencia e igualdad de oportunidades en el sistema de partidos; y en segundo lugar porque en algunos casos no podrá llegar a constatar la comisión de un delito contra la Administración Pública.

⁹⁶ Véase *supra* 2.2 Italia.

⁹⁷ Destaca la “bilateralidad” de las tipicidades de la financiación ilícita en línea con lo que acontece con el cohecho, QUINTERO OLIVARES, G. “Arts. 304 bis y 304 ter”..., p. 531 y NUÑEZ CASTAÑO, E., “El delito de financiación...”, p. 82; SERRANO TÁRREGA, D., “Financiación ilegal de los partidos políticos” en *Curso de Derecho Penal. P.E.* (SERRANO GÓMEZ y otros), Madrid 2016, p. 437.

⁹⁸ MACIAS ESPEJO, B., *Sobre la incriminación...*, p. 137; QUINTERO OLIVARES, G., “Arts. 304 bis y 304 ter”..., p. 531, resaltando el amplio juego que han dado las donaciones a las fundaciones vinculadas a los partidos en la financiación ilegal; CORCOY BIDASOLO/GALLEGO SOLER, “Art. 304bis”..., p. 1051; MAROTO CALATAYUD, M., *La financiación...*, p. 314; PUENTE ABA, L.M., “Financiación...”, p. 956; BUSTOS RUBIO, M., “El nuevo delito...”, p. 73; GÓMEZ BENITEZ, J.M., “Financiación...”, p. 149.

electores constituyen uniones de personas físicas que deciden concurrir conjuntamente a un proceso electoral sin constituir un partido político⁹⁹.

Estas aportaciones o donaciones deben ser las prohibidas por el art. 5.Uno de la LOFPP. En el primer grupo de ellas cita el precepto las donaciones anónimas finalistas o revocables. Las donaciones finalistas son aquéllas que pretenden obtener del partido que gobierna o que está próximo al gobierno ventajas o favores para los donantes¹⁰⁰. La donación finalista sería la financiación corrupta por antonomasia. Al mismo fin estarían destinadas, entendemos, las donaciones revocables que son aquéllas en que el donante impone una condición resolutoria.

Las donaciones anónimas, y las donaciones procedentes de personas físicas superiores a 50.000 euros anuales, las procedentes de personas jurídicas y de entes sin personalidad jurídica se englobarían propiamente en lo que denomina MALEN SEÑA¹⁰¹ financiación ilegal. En este supuesto no se produce una relación lineal o directa, como sucede con las finalistas, entre la donación y la contraprestación. No se produce la relación *quid pro quo* que es básica en los delitos de cohecho y tráfico de influencias. En este caso las empresas van realizando donaciones al partido político con el fin de crear un vínculo de buen clima que permita que la empresa pueda salir favorecida en un futuro¹⁰². Destaca OLAIZOLA NOGALES que una estructura similar a la descrita se produce en el denominado cohecho de facilitación del art. 422 CP, en el que el funcionario acepta o recibe una dádiva o un regalo en consideración a su función. Se trata de conductas que sí deben ser contempladas en la legislación penal, a pesar de los problemas de prueba que comportan, en cuanto contribuyen a crear un clima favorecedor de la corrupción en los diversos ámbitos de la Administración¹⁰³.

Respecto a las donaciones procedentes de personas físicas el art. 5.Uno LOFPP exceptúa del límite de los 50.000 euros las donaciones en especie de bienes inmuebles, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el art. 4.Dos, letra e). En este último artículo se establece que:

“Las donaciones en especie se entenderán aceptadas mediante certificación expedida por el partido político en la que se haga constar, además de la identi-

⁹⁹ JAVATO MARTIN, A., “304 bis” ..., p. 721.

¹⁰⁰ OLAIZOLA NOGALES, I., *La financiación ilegal...*, p. 141.

¹⁰¹ MALEN SEÑA, J., *La corrupción: aspectos éticos, económicos y jurídicos*, Barcelona, 2002, p. 112 y ss.

¹⁰² Vid. OLAIZOLA NOGALES, I., *La financiación ilegal...*, p. 160.

¹⁰³ OLAIZOLA NOGALES, I., *La financiación ilegal...*, p. 160 alude a supuestos de “engrasamiento” de la Administración. Cita en este sentido OLAIZOLA la STS 323/2013 de 23 de abril que resuelve el denominado caso de los trajes o caso Camps, en la que expresamente se menciona que este delito recogido en el art. 422 está expresamente vinculado al “engrasamiento” general de la maquinaria burocrática. Respecto al fenómeno de la corrupción política véase DE LA MATA BARRANCO, N.J., “La lucha...”, p. 9 y ss. y SANDOVAL, J.C., “Aportación a una reflexión político-criminal sobre la corrupción en la financiación de los partidos políticos” *RGDP* 22, 2014, pp. 1 y ss. Sobre el papel del delito de cohecho en la lucha contra la corrupción en España y Brasil, véase SAAD-DINIZ E./RODRÍGUEZ V.G. “Persecución penal de la corrupción en el marco brasileño: desde las transformaciones del delito de cohecho hasta la nueva mirada sobre la corrupción empresarial” *Revista de Estudios Brasileños* I 2016, pp. 147 y ss.

cación del donante, el documento público u otro documento auténtico que acredite la entrega del bien donado haciendo mención expresa del carácter irrevocable de la donación.

La valoración de las donaciones en especie se realizará conforme a lo dispuesto en la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal de las Entidades sin Fines Lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo.”

Por consiguiente, este género de donaciones de bienes inmuebles, queda, de manera discutible, como ya hemos enfatizado, fuera del alcance del art. 304 bis.

Por otra parte hay que resaltar que la cuantía de 50.000 euros es demasiado alta. Ya hemos puesto de manifiesto cómo en Alemania el límite de la donación anual se fija en 1.000 euros y en Francia en 7.500 euros. SÁNCHEZ MUÑOZ¹⁰⁴, comentando las modificaciones introducidas por la reciente reforma de la LOFPP, estima que este límite del art. 5Uno es excesivamente elevado para cumplir de forma eficaz con los objetivos de garantizar la igualdad de oportunidades entre los partidos y favorecer la conexión de éstos con la ciudadanía. En línea con lo propuesto por OLAIZOLA NOGALES¹⁰⁵ se podría establecer un sistema escalonado, cuantitativo, que por debajo de esta cifra fijara límites o topes distintos para la infracción administrativa y para el delito. De este modo se dotaría de un cierto contenido de lesividad al precepto abandonando la discutible opción legislativa de elevar automáticamente a la categoría de delitos ciertas infracciones administrativas de la legislación de partidos¹⁰⁶.

En cuanto al tipo subjetivo, tanto las modalidades básicas como las agravadas son de exclusiva comisión dolosa por lo que quedaría excluida la comisión imprudente. De modo que se tiene que conocer que la aportación va destinada al partido y que además se infringe alguna de las prohibiciones de los arts. 5.Uno y 7.Dos de la LOFPP¹⁰⁷.

5.1.2. *Los tipos agravados*

En los núms. 2 y 3 del art. 304 bis CP se consagran dos tipos agravados. Uno opera directamente sobre el tipo básico y el otro sobre el agravado, es decir, supone una “agravación de la agravación”.

¹⁰⁴ El control..., p. 396. Propone este constitucionalista que las donaciones individuales sólo sean aceptables hasta un límite máximo de 2.000 o 3.000 euros al año. Véase también su intervención el 27-2-2017, a título de experto en temas de financiación de partidos políticos, en la “Comisión para la auditoría de la calidad democrática, la lucha contra la corrupción y las reformas institucionales y legales” publicada en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (www.congreso.es).

¹⁰⁵ OLAIZOLA NOGALES, I., “El delito..., p. 3.

¹⁰⁶ Crítico con la técnica normativa empleada denunciando la excesiva “accesoriedad” de los delitos respecto a la normativa de la LOFPP, SAINZ-CANTERO CAPARROS, J.E., *Los delitos...*, p. 671. Contraria a la “accesoriedad administrativa” en la tipificación de los delitos contra el medio ambiente, ALONSO ALAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, Valladolid 2014, p. 347 y ss.

¹⁰⁷ NIETO MARTÍN, A., “Lección XXI. Corrupción..., p. 475; MESTRE DELGADO, E., “XX. Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos” en *Delitos. La parte especial del Derecho penal* (LAMARCA PÉREZ y otros), Madrid, p. 541 y ss.; MUÑOZ CUESTA, “Delitos..., p. 5 admitiendo el dolo eventual.

Según dispone este número 2 se castiga con pena de prisión y multa en dos supuestos:

- a) Cuando las donaciones de las letras a) -anónimas, finalistas o revocables- y las de la letra c) -persona jurídica y entes sin personalidad jurídica- del art. 5.Uno LOFPP fueran de un importe superior a 500.000 euros o que superen en esta cifra el límite fijado en la letra b) -donaciones superiores a 50.000 euros- de aquel precepto cuando sea ésta [sic] el infringido (es decir de importe superior a 550.000). El legislador, por tanto, se ha valido exclusivamente de un elemento meramente cuantitativo a la hora de construir la agravación.
- b) Se trate de las donaciones prohibidas en el art. 7.Dos LOFPP, a saber, las recibidas de Gobiernos y organismos, entidades o empresas públicas extranjeras o de empresas relacionadas directa o indirectamente con los mismos que superen el importe de 100.000 euros.

Llama la atención la defectuosa técnica empleada a la hora de construir estos tipos agravados. En efecto, se habla de que los hechos anteriores serán castigados con una pena agravada, pero a continuación en la letra b) se consigna un hecho, las donaciones a gobiernos extranjeros del art. 7.Dos LOFPP, que no tiene cabida en el tipo básico que sólo abarca determinadas donaciones del art. 5 LOFPP. Por lo que en puridad, el de la letra b) del apartado dos del 304 bis no sería un tipo agravado sino un tipo independiente¹⁰⁸. De tal forma que el legislador lo debería haber incluido en el núm. 1 del 304 bis, salvo que se entienda que la donación debe ser de gobiernos extranjeros, etc. y además, debe incumplir alguno de los límites del art. 5. Interpretación que sí que podría tener sentido si se tratara de una empresa extranjera relacionada con dichos gobiernos. Por tanto, según esta intelección, esta agravación sólo adquiriría carta de naturaleza respecto a la trasgresión del límite de la letra c) del art. 5.Uno. Creemos, sin embargo, que no fue esta última la intención del legislador, hallándonos ante un nuevo caso de impericia legislativa¹⁰⁹.

Todo apunta a que en la consignación de este tipo agravado se está pensando en un reciente caso de financiación de un partido político, Podemos, por un gobierno latinoamericano como es el de Venezuela¹¹⁰. Si bien es cierto que este supuesto sí se considera delictivo en otros países de nuestro entorno. Así ocurre en Francia que

¹⁰⁸ De la misma opinión BASSO, G.J., “Delitos..., núms. 12730 y ss.; SAINZ-CANTERO CAPARROS, J.E., “Los delitos..., p. 672.

¹⁰⁹ JAVATO MARTIN, A., “304 bis”..., p. 723.

¹¹⁰ MAROTO CALATAYUD, M., “Financiación ilegal..., p. 764; QUINTERO OLIVARES, G. “Arts. 304 bis y 304 ter”..., p. 532. Como pone de manifiesto BASSO, G.J., “Delitos..., núm. 12731, al respecto se han dictado varios autos de archivo de actuaciones judiciales iniciadas contra dicha formación política por supuesta financiación ilegal, en la mismas, sin embargo, no se ha invocado en sede judicial los tipos penales de financiación ilegal de partidos políticos por no haber estado aún vigentes al momento de producirse los hechos denunciados (AATS 13-4-16, 29-4-15, 21-1-15).

lo castiga en el art. 11.5 de la *Loi n°88-227 du 11 de mars 1988* con pena de prisión de un año y multa de 3750 euros; o en Italia tras la aprobación de la Ley 659/1981 de 18 de noviembre que modifica e integra la Ley de 2 de mayo de 1974, aunque con una fugaz vigencia pues el delito del art. 4 de aquel texto normativo fue prontamente degradado a infracción administrativa, lo que provocó la crítica de la doctrina italiana. Por lo que independientemente de la concreta motivación que provocó su inserción en el art. 304 bis, estimamos que sí tiene sentido elevar este tipo de donaciones a la categoría de delito pues a partir de una cierta cuantía pueden afectar a la independencia del partido frente a potencias extranjeras menoscabando el pluralismo político y la igualdad con el resto de partidos.

Por su parte, en el núm. 3 del art. 304 bis se recoge un tipo “superagravado” (pena en su mitad superior pudiéndose llegar hasta la superior en grado) para los supuestos en que los hechos previstos en el apartado anterior (núm. 2, tipos agravados simples) resultaran de “especial gravedad”. Serán los tribunales los que interpreten el significado de este elemento normativo del tipo pero todo apunta a que con él se quiere dar cabida a las hipótesis en las que la donación o aportación presenta una cuantía económica muy elevada¹¹¹.

5.1.3. *Iter criminis. autoría y concursos*

Los delitos contenidos en el art. 304 bis son infracciones de simple actividad¹¹². Basta para que se consume la conducta la entrega o recepción de la donación ilegal citada en este artículo sin que se precise la producción de un ulterior resultado. En cuanto a la autoría, en el caso de la modalidad consistente en la entrega de dona-

¹¹¹ Del mismo parecer, PUENTE ABA, L.M., *Financiación...*, p. 952; OLAIZOLA NOGALES, I., “El delito...”, p. 4; BASSO, G.J., “Delitos...”, núm. 12742. Otros autores se muestran partidarios de entender la especial gravedad no sólo en términos cuantitativos. En este sentido MUÑOZ CUESTA, F.J., “Delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5 2015, p. 6 considera que “La especial gravedad a la que se refiere esta norma entendemos puede proceder en un primer lugar cuando el valor de lo donado sea 10 veces superior a la cantidad que se dispone en cada caso como agravación simple o en segundo lugar por la especial finalidad o intención que puede tener el donante en los respectivos casos sancionados como delictivos que pueda revelar una contradicción evidente con el fin social que debe guiar un partido político”. Igualmente SAINZ CANTERO CAPARROS, J.E., “Los delitos...”, p. 675 (al que sigue MACIAS ESPEJO, B., “Sobre la incriminación...”, p. 149) defiende que la “apreciación de la especial gravedad no debe depender en exclusiva de la cuantía de la donación o financiación de que se trate, aunque este será su principal criterio a tener en cuenta para valorar la mayor o menor gravedad del hecho” debiendo ponderar otros elementos “como la condición o circunstancias del sujeto activo, los términos o condiciones de la donación etc.”.

¹¹² Entendiendo por delitos de simple actividad aquellos en los que la acción no va seguida de la causación de un resultado separable espacio-temporalmente de la conducta. Véase MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10 ed., Barcelona 2016, p. 230 y ACALE SÁNCHEZ, M., *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Granada 2000, pp. 152 y ss., afirmando que el resultado del que carecen los delitos de simple actividad es el efecto natural causado por el comportamiento humano. Sobre los diversos conceptos de resultado en el Derecho penal ampliamente esta última autora, *op.cit.* pp. 77 y ss y LAURENZO COPELLO P., *El resultado en Derecho penal*, Valencia 1992, especialmente pp. 61 y ss. En contra, caracterizándolo como delito de resultado, MACIAS ESPEJO, B., “Sobre la incriminación...”, p. 133. Nótese que también se catalogan de delitos de simple actividad las infracciones homónimas relativas a las donaciones plasmadas en el §31d de la *PartG* alemana. Véase *supra* Alemania 2.3.

ciones o aportaciones nos hallaríamos ante un delito común, mientras que la modalidad de recepción de donaciones y aportaciones estaría presente una restricción de autoría, lo que apunta a un delito especial. En efecto, para poder ser sujeto activo de esta variante típica es necesario estar legitimado para la recepción de la donación o aportación. Condición que concurrirá no sólo en la persona del responsable de la gestión económica financiera, figura que aparece regulada en el art. 14 bis LOFPP sino también en cualquier otro sujeto perteneciente a la organización, como el presidente, el secretario general, miembros de la cúpula directiva o incluso los simples afiliados¹¹³.

El delito de financiación ilegal del art. 304 bis frecuentemente aparecerá vinculado con un delito contra la Administración Pública. De tal forma que se puede plantear un concurso entre esta infracción y el delito de cohecho y el de tráfico de influencias. Pensemos en el supuesto de quien entrega una donación o aportación a un cargo del partido al objeto de que éste influya en un cargo público -por ejemplo un alcalde- en orden a la adjudicación de un contrato o concesión. O quien entrega determinadas cantidades a un cargo del partido que además es funcionario público, vulnerando los límites del art. 5.Uno LOFPP para ir creando “un buen clima” en aras a lograr en el futuro una posición de privilegio en el acceso a esta contratación pública (hipótesis que se podría subsumir en el cohecho previsto en el art. 422). En estos casos de confluencia y siempre que la acción se realice con el objetivo de beneficiar al partido político habrá que decantarse por aplicar las normas del concurso ideal de delitos en atención a la pluralidad de bienes jurídicos afectados¹¹⁴.

No sucedería lo mismo, presentándose el delito del art. 304 bis de manera autónoma en el supuesto académico citado por SPAGNOLO que adaptándolo a nuestro caso, aparecería referido al supuesto de que la contribución de una empresa del ramo de la construcción no se efectuara a un funcionario para garantizarse la concesión de la construcción de un parking o una escuela o para tener una posición de

¹¹³ NUÑEZ CASTAÑO, E., “El delito...”, p. 84/85. La misma naturaleza posee el tipo alemán de fraccionamiento y contabilización de donaciones, el §31d, resaltando la doctrina alemana que solamente puede ser cometido por las personas revestidas por los deberes especiales que establece el tipo. Respecto a él se sostiene que sólo pueden ser autores aquellos que mediante la Ley, los Estatutos de partido o por contrato estén legitimados por el partido para recibirlas, entre los que se encuentran, por mor de lo dispuesto en el §25.1, los afilados. En contra, catalogándolo de delito común, SAINZ CANTERO CAPARROS, J.E. “Los delitos...”, p. 669.

¹¹⁴ De la misma opinión DE MIGUEL BERIAIN, I., “Delitos...”, p. 457. Se decantan por el concurso de delitos -sin especificar- NIETO MARTÍN, A. *Nociones...*, p. 477 en tanto que se tutelan bienes jurídicos diversos y CORCOY BIDASOLO/GALLEGO SOLER “Art. 304bis”..., p. 1053, concurso que “puede ser medial, ideal o real atendiendo a las circunstancias”. Se argumenta a favor del concurso de delitos frente al de normas razones ligadas a evitar la impunidad en estos casos de corrupción. En el sentido de que si se considerara un concurso de normas y en aplicación del principio de especialidad se aplicara en la hipótesis de donaciones finalistas el delito del art. 304 bis en vez del correspondiente tipo de cohecho, se estaría privilegiando ostensiblemente al delincuente dada la sensible diferencia punitiva entre ambas clases de infracciones. De tal parecer QUINTERO OLIVARES, G., “Arts. 304 bis y 304 ter”..., p. 536. Apuntan asimismo este indeseado efecto penológico CORCOY BIDASOLO/GALLEGO SOLER, “Art. 304bis”..., p. 1053.

privilegio en dicha concesión, sino que se realizara únicamente a un partido que aspira a gobernar para que incluyera en su programa político el compromiso de construcción de esa escuela o parking.

Finalmente resaltar la posibilidad de que se produzca un concurso con las falsedades documentales. Anudada a los comportamientos descritos en el art. 304 bis aparecerán la falsedades de carácter ideológico cometidas en la contabilidad del partido por parte del responsable de la misma (omisión de anotaciones contables, realización de anotaciones contables falsas) que pretenden ocultar el origen y destino de los fondos del partido o evitar la rendición de cuentas que exige la ley. En este caso, al ser cometidas por particular no resultarán punibles (art. 392 CP), dato éste que refuerza la necesidad de incluir en el tipo de financiación ilegal un específico delito de falsedad de las cuentas de los partidos.

5.1.4. *La responsabilidad penal del partido político*

En el apartado 5 del art. 304 bis CP se establece la responsabilidad penal del partido político, federación, coalición o agrupación de electores conforme a las reglas establecidas para la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Hay que recordar que la posibilidad de exigir dicha responsabilidad a los partidos políticos trae su causa en la reforma del Código Penal operada por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de diciembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social. En ella se suprime la mención a los partidos políticos y sindicatos en el art. 31 bis.5, a la sazón vigente, que recogía los supuestos excluidos del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Los motivos que llevaron a excluir a los partidos políticos en la reforma del Código Penal de 2010 que introduce el art. 31 bis apuntan a su papel cuasi-público y a la importante función constitucional que desempeñan. Mientras que la justificación esgrimida para su inclusión en la LO 7/2012 y que figura en la propia Exposición de Motivos de la misma alude a superar “la percepción de impunidad de estos dos actores de la vida política que trasladaba la anterior regulación”¹¹⁵.

¹¹⁵ Véase sobre este iter legislativo DE PABLO SERRANO, A., “La responsabilidad penal de los partidos políticos: delitos, penas y *Compliance Programms*” en *Problemas actuales sobre el control de los partidos políticos* (MATIA PORTILLA Dir.), Valencia 2016, p. 341 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “La responsabilidad criminal de los partidos políticos y los sindicatos” en *Estudios Penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, (MAQUEDA ABREU/MARTIN LORENZO/VENTURA PÜSCHEL Coords.) pp. 384 y ss.; CAMACHO VIZCAÍNO/CORTÉS LABADÍA “Partidos políticos y responsabilidad penal de las personas jurídicas”, La Ley 4711/2015, p. 1 y ss. Véase asimismo en relación a la LO 5/2010, URRUELA MORA, A., “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español en virtud de la LO 5/2010: perspectiva de *lege data*” (pp. 465 y ss.) y GALÁN MUÑOZ, A., “La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: Entre la hetero- y la autorresponsabilidad” (pp. 503 y ss.), ambas contribuciones publicadas en *Nuevos Instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*, Granada 2012. Específicamente referido a la evolución legislativa de los programas de cumplimiento en el Derecho penal español, GÓMEZ

La extensión de la responsabilidad penal a los partidos políticos no deja de tener detractores. En este sentido, el Grupo Parlamentario Socialista propuso su exclusión, junto con la de los sindicatos, volviendo al sistema originario de 2010, aduciendo que con ello se podría acabar con su injustificada criminalización (Véase la enmienda núm. 621 presentada por este Grupo en el Congreso). A la par un sector de la doctrina penal se muestra igualmente contraria a la misma. Se aludía para fundamentar su exclusión a las funciones constitucionales que cumplen, funciones que aparecen enumeradas en el art. 6 de la Constitución para cuyo adecuado desempeño era necesario dotarles de un cierto grado de inmunidad e inviolabilidad¹¹⁶. Asimismo se llamaba la atención contra el peligro de la judicialización de la vida política y de la persecución del adversario a través de los instrumentos del Derecho Penal¹¹⁷.

Nosotros, siguiendo a la doctrina mayoritaria¹¹⁸, nos pronunciamos por la conveniencia de su inclusión en el régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Es precisamente la especial relevancia constitucional de las tareas y funciones que tienen encomendadas los partidos políticos la que fundamentaría su sujeción al régimen de responsabilidad penal, en cuanto que les hace acreedores no sólo de una mayor protección sino también de un especial control¹¹⁹. Por no hablar, como resalta DE PABLO SERRANO¹²⁰, de que en su actuación, *ad intra*, se comportan como agentes económicos que persiguen su propios fines particulares, lo que conduce, -como lamentablemente muestra la experiencia o realidad criminológica-, a la realización en su seno de delitos socio-económicos de modo semejante a cualquier empresa o corporación.

No sin desconocer, como pone de manifiesto QUINTERO OLIVARES¹²¹, la dificultades que entraña la aplicación de las prescripciones del art. 31 bis a la actividad de los partidos políticos. Es por ello que quizá se podría, de *lege ferenda*, articular un sistema de responsabilidad penal adaptado a los partidos políticos que

TOMILLO, M., *Compliance penal y política legislativa. El deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas*, Valencia 2016, pp. 23 y ss.

¹¹⁶ Véase BOLDOVA PASAMAR, M.A., “La introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 33, 2013, p. 235.

¹¹⁷ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Societas delinquere potest” en *La reforma penal de 2010* (ZUÑIGA RODRÍGUEZ/GORJÓN BARRANCO/FERNÁNDEZ GARCÍA JULIO Coords.) pp. 16-17.

¹¹⁸ Entre otros, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “La responsabilidad...”, p. 383; DE PABLO SERRANO, A., “La responsabilidad...”, pp. 341 y ss.

¹¹⁹ DE PABLO SERRANO, A. “La responsabilidad...”, p. 348; MORILLAS CUEVA, L., “La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Anales de Derecho*, nº 29, 2011, p. 26; Díez RIPOLLÉS, J.L., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, *InDret* 1/2012, p. 11.

¹²⁰ Esgrime también este autor, *op.cit.* p. 349 y ss., razones ligadas al Derecho comunitario en cuanto son numerosos los instrumentos jurídicos emanados del mismo que exigen la sanción de todas las personas jurídicas en caso de realización de alguno de los comportamientos prohibidos, sin exclusión de los partidos políticos; y razones de Derecho interno aludiendo a la sanción penal de los arts. 149 y 150 de la LOREG.

¹²¹ QUINTERO OLIVARES, G., *op.cit.*, p. 535.

figurara en la LOFPP junto a las infracciones delictivas cometidas por las personas físicas.

Por otra parte, esta cláusula del art. 304 bis.5 se solapa con la infracción administrativa -muy grave- prevista en el art. 17. Dos a) de la LOFPP en los siguientes términos: “La aceptación de donaciones o aportaciones que contravengan las limitaciones o requisitos establecidos en los artículos 4, 5, 7 y 8”. En este caso tendrá prioridad la incoación del correspondiente procedimiento penal sobre el administrativo. En este sentido el propio art. 17 LOFPP establece expresamente la subsidiariedad de la sanción administrativa frente a la penal al disponer que “el Tribunal de Cuentas acordará la imposición de sanciones al partido político que cometa alguna de las infracciones que se tipifican en este artículo, siempre que no constituyan delito”. Cabría acaso una interpretación que permitiría en cierto modo deslindar el ilícito penal y el administrativo y es entender que la “aceptación” del art. 17. Dos a) es un acto previo al “recibimiento” del art. 304 bis, de tal forma que la aceptación sería un acto de voluntad del donatario mientras que el recibimiento hace referencia a la entrega material de la cosa donada si bien es cierto que en muchos casos se dan simultáneamente. De tal forma que la simple aceptación de la donación constituiría infracción administrativa mientras que el art. 304 bis entraría en juego sólo en supuestos de su entrega efectiva. Intelección que por otra parte podría chocar con el significado literal del verbo aceptar pues según la RAE aceptar es “recibir voluntariamente o sin oposición lo que se da, ofrece o encarga”¹²².

También se podría sostener de cara a conferir un espacio propio a cada uno de estos ilícitos, que el establecimiento de un programa de cumplimiento conforme a lo dispuesto en el art. 31 bis.2 CP, que exonera de responsabilidad penal, abriría la puerta a la aplicación de la infracción administrativa. Es decir, si no hay programa de cumplimiento podría entrar en juego la responsabilidad penal pero si lo hay, lo haría la responsabilidad administrativa. Intelección que no nos parece conveniente toda vez que carece de sentido proceder por lo menos una vez excluido lo más. El programa penal de cumplimiento obturaría la posibilidad del procedimiento administrativo¹²³.

5.1.5. *La penalidad*

En cuanto a la pena, se ha optado por la multa proporcional para el tipo básico (del triplo al quíntuplo del valor de la donación o aportación), introduciéndose

¹²² Véase en relación a las infracciones administrativas y sus sanciones DELGADO DEL RINCÓN, L.E., “Hacia un modelo idóneo de control externo de la actividad económico-financiera de los partidos políticos por el Tribunal de Cuentas” en *Problemas actuales sobre el control de los partidos políticos* (MATIA PORTILLA Dir.), Valencia 2016, pp. 423 y ss., en especial pp. 437 y ss.

¹²³ JAVATO MARTIN, A. “304 bis”..., p. 724/5. Sobre la compatibilidad de sanciones penales y administrativas por los mismos hechos cuando una de ellas es cometida por una persona jurídica, vid. GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Zizur Menor (Navarra), 2015, p. 235 y ss.

únicamente la pena de prisión para los supuestos agravados en los que cumulativamente también se contempla la citada pena de multa (seis meses a cuatro años y multa del triplo al quíntuplo de su valor o del exceso, en el caso del núm. 2, pena que se impondrá en su mitad superior pudiendo llegar hasta la superior en grado para el supuesto del núm. 3).

Sorprende que no se haya asociado al tipo básico una pena de prisión. Lo que puede conducir, como bien apunta MAROTO CALATAYUD¹²⁴, a que este tipo de pena quede fuera del alcance de la gran mayoría de casos dado la alta cifra, 500.000 euros, que se ha establecido para el tipo agravado. Sobre este punto es obligado traer a colación la presencia en los paralelos delitos de financiación ilegal de los ordenamientos europeos -en sus modalidades básicas- de la pena de prisión o privación de libertad. Así sucede en Francia (un año de prisión), en Italia (seis meses a cuatro años de prisión) y por último en Alemania (privación de libertad de hasta tres años). Lo que da buena prueba de la lenidad punitiva de la regulación española.

Debe destacarse también, la errónea redacción de la penalidad de la cláusula relativa a las personas jurídicas. Se habla de que “las mismas penas se impondrán”. Lógicamente la pena de prisión no se puede imponer a una persona jurídica. De ahí que la referencia se tendría que haber circunscrito a las penas de multa impuestas en los artículos anteriores.

5.2. El delito del art. 304 ter CP

En el art. 304 ter se consagra un delito de organización criminal circunscrito al ámbito de la financiación ilegal de partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores. Se castiga como modalidad básica de conducta (núm.1) al que participe en una estructura u organización específicamente destinada a tal fin al margen de lo establecido por la Ley. Junto a ella aparecen dos tipos agravados. El primero tiene que ver con la condición del sujeto-personas que dirigen tales estructuras u organizaciones- (núm.2); el segundo con la especial gravedad de los hechos (núm.3) siendo aplicable tanto respecto al tipo básico como al agravado del 304 ter.2 (“Si los hechos a los que se refieren los apartados anteriores”).

En legislador ha optado, al igual que en otras zonas delictivas (tráfico ilegal de personas, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, tráfico de drogas y sus precursores), por introducir un tipo específico referido a este tipo de organizacio-

¹²⁴ “Financiación ilegal..., p. 767. Por otra parte, ha sido puesto de manifiesto la ausencia de una serie de sanciones que de manera complementaria debían haber tenido cabida en el art. 304 bis, como la pérdida del cargo público, la pérdida del derecho al sufragio pasivo, o la imposibilidad de obtener ayudas de naturaleza pública o privada. Véase NIETO MARTÍN A., “Financiación..., p. 138; PUENTE ABA, L.M., Financiación..., p. 958; MAROTO CALATAYUD, M., *La financiación...*, pp. 321 y ss.

nes. Sin embargo, su previsión resulta superflua¹²⁵ pues hubiera bastado con recurrir o bien a los tipos genéricos de organización y grupo criminal de los arts. 570 bis y 570 ter CP o bien al clásico delito de asociación para delinquir del art. 515 CP¹²⁶.

Y decimos que se podría recurrir a uno u otro pues el art. 304 ter tal como está configurado, permite captar, tanto los supuestos de organización o grupo criminal como los de asociación criminal en sentido estricto. A pesar de que utiliza la expresión organización o estructura, lo que parece apuntar a que nos hallamos ante una modalidad específica del art. 570 bis, a renglón seguido puntualiza “cualquiera que sea su naturaleza”, expresión que dota al tipo de unos perfiles sumamente amplios. Siguiendo a SÁNCHEZ GARCÍA¹²⁷ la diferenciación de la figura del art. 515-1 con las establecidas en los arts. 570 bis y 570 ter debe situarse en el diferente objeto de protección. La figura del art. 515 debe reservarse para la punición de las asociaciones formalmente constituidas como tales y orientadas a la comisión de delitos siendo el bien jurídico protegido el derecho constitucional de asociación; mientras que las figuras de organización y grupo criminal se orientarían a la protección del orden público y encontrarían su aplicación respecto de meras asociaciones de personas de hecho orientadas a delinquir. No obstante, la cuestión del deslindamiento de una u otra infracción dista mucho de ser pacífica no siendo pocos los autores que afirman que nos encontramos ante un supuesto de duplicidad legislativa. En este sentido se sostiene que la incorporación en la reforma de 2010 de los delitos de organizaciones y grupos criminales vació de contenido el delito de asociación ilícita¹²⁸.

Así pues, pueden subsumirse en el 304 ter tanto las asociaciones que se constituyen formalmente con la finalidad de cometer el delito de financiación ilegal, como aquellas agrupaciones de hecho de personas cuya actividad está dirigida al mismo fin cumpliendo con los requisitos de los arts. 570 bis y 570 ter.

Resalta MAROTO CALATAYUD¹²⁹ cómo llama poderosamente la atención que el tipo del 304 ter lleve aparejada una pena de prisión de uno a cinco años, que se impone en su mitad superior a los dirigentes de la organización y en la pena superior en grado para casos de especial gravedad, mientras que el tipo de financia-

¹²⁵ De la misma opinión, NUÑEZ CASTAÑO, E., “El delito...”, p. 96; QUINTERO OLIVARES, G., “Arts. 304 bis y 304 ter”..., p. 533; HAVA GARCÍA, E., “Financiación...”, p. 456.

¹²⁶ Véase la incisiva crítica de CARUSO FONTÁN, V., “Problemas concursales en relación a los delitos de tráfico de drogas cometidos en el seno de organizaciones criminales”, *RGDP* 23, 2015, p. 1 y ss., sobre el recurso a la “triple vía” -dos tipos generales y tipos específicos- elegida por el legislador español a la hora de abordar el fenómeno de la delincuencia organizada.

¹²⁷ “Art. 515” en *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., Valladolid, 2011, p. 1795.

¹²⁸ CANCIO MELIÁ, M., “Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo”, en *Estudios sobre las reformas del Código Penal*, Zizur Menor (Navarra), 2011, p. 654. Ampliamente sobre el tema la excelente monografía de FARALDO CABANA, P., *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el código penal español*, Valencia, 2012. pp. 19 y ss.

¹²⁹ “Financiación ilegal...”, p. 764-5.

ción ilegal del 304 bis.2 conlleva pena de prisión de seis meses a cuatro años pudiendo alcanzar los seis años en casos de especial gravedad. Conforme a esta peculiar previsión penológica, enfatiza este autor, participar en organizaciones o estructuras cuya finalidad sea la financiación de partidos políticos al margen de la ley, será más grave que la propia financiación ilegal de partidos en su modalidad agravada.

En cuanto a la agravante de especial gravedad que se consigna en el núm. 3 de este artículo, resultará difícil determinar los criterios que deben seguirse para su apreciación. Y es que como destaca PUENTE ABA¹³⁰ esta especial gravedad no va referida a la financiación ilegal en sí que ya contiene un tipo agravado de esta guisa, sino a los apartados anteriores del art. 304 ter, es decir a la participación y dirección de la organización orientada a la financiación ilegal; circunstancia de agravación que no está presente en las infracciones matrices de los arts. 570 bis y ter lo que dificulta todavía más la concreción de este elemento normativo. Descartada la cuantía de la financiación ilegal que ya se tiene en cuenta en el artículo anterior y cuya apreciación nos podría conducir a un *non bis in idem*¹³¹ la única interpretación acaso plausible sería la que apunta al tamaño e importancia de la estructura u organización.

VI. CONSIDERACIONES DE POLÍTICA CRIMINAL

A lo largo de la exposición precedente hemos tenido la ocasión de analizar los nuevos delitos de financiación ilegal de los partidos políticos, que toman cuerpo tras la reforma de 2015 en los arts. 304 bis y 304 ter del CP. La tipificación penal de este tipo de comportamientos en nuestro ordenamiento debe ser juzgada como positiva. Abunda en una mejor protección de los fines y funciones que tienen encomendadas los partidos políticos y que son básicas para la democracia. Supone asimismo un paso más en la lucha contra la corrupción, tan extendida lamentablemente, en nuestro país. Y es que como demuestra la experiencia, el delito objeto de estudio aparece asociado frecuentemente a graves delitos contra la Administración Pública, de modo que la posibilidad de indagar judicialmente sobre prácticas de financiación ilegal puede contribuir a desvelar otros ilícitos conexos más graves que en caso contrario quedarían silenciados. En este sentido, y como destaca la doctrina italiana¹³², confluyen poderosas razones de naturaleza “procesal” a la hora de defender la existencia de este delito.

Sin embargo, como hemos tenido ocasión de demostrar a lo largo de nuestro estudio, la regulación española no deja de presentar puntos oscuros. Al respecto,

¹³⁰«Financiación ilegal...», p. 964.

¹³¹ PUENTE ABA, L.M., “Financiación ilegal...”, p. 2015.

¹³² Véase MANNA A., “Corruzione...”, p. 154 que califica el delito de financiación ilícita de “*norme-civetta*”, literalmente, “norma lechuza” en atención a la especial visión “nocturna” de este tipo de aves.

destaca la deficiente configuración del art. 304 bis y la ausencia de determinados comportamientos que se deberían haber integrado en el mismo. Da la impresión que nos hallamos ante una regulación bastante improvisada, diríamos hecha para salir del paso, e intentar neutralizar las repercusiones mediáticas y sociales de los casos de corrupción a los que hemos aludido en anteriores páginas. Improvisación de la que parece dar pistas a su vez la extraña ubicación sistemática del delito así como el procedimiento legislativo seguido para su introducción (vía enmienda).

Hay que resaltar, por otra parte, que la dinámica legislativa seguida en nuestro país no difiere de la de otros países de nuestro entorno. Es la revelación de significados casos de corrupción política lo que conduce, de manera reactiva, a la creación de las figuras delictivas. Basta traer a colación el “caso de las donaciones” en Alemania o los sonados escándalos de corrupción política destapados por la prensa en Italia en la década de los setenta del siglo pasado.

La ponderación de todos estos factores es la que nos ha llevado a apreciar en los delitos del Título XIII bis un cierto sesgo de un Derecho penal simbólico.

Además de su profunda reforma para dotarlos de una mayor sustantividad y eficacia, nos mostramos favorables a situar este tipo de infracciones en la legislación especial relativa a los partidos políticos, en concreto, en la LOFPP, al lado de las correspondientes infracciones administrativas. De esta forma se lograría un sistema sancionador más armónico y coordinado, paralelo al que existe respecto a la financiación electoral española y en línea con el Derecho comparado. Es curiosa “la alergia” que el legislador español tiene -en general- al recurso a la legislación penal especial a la hora de intervenir en las zonas periféricas del Derecho Penal, lo que contrasta con la tendencia presente en otros países europeos (p.ej. Francia o Alemania).

Respecto al tipo de organización o asociación criminal del art. 304 ter, entendemos que carece de justificación por resultar claramente superfluo. Tras el mismo resuenan los ecos del caso Filesa, importante escándalo de financiación ilegal que afectó en su día al otro gran partido mayoritario español, el PSOE.